ANTONII FABRII IC. ... DE ERRORIBUS PRAGMATICORUM, ET INTERPRETUM IURIS, CHILIADIS...

Antoine Favre

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
12 C
391

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ego Ioannes Baptista Cavalcanti de Florentia
certum hendecasyllabum notabiliter auxi scripsi
Florentiæ Idib. Febr. an. CIↃ ↃC L

Digitized by Google

SERENISSIMO PRINCIPI CAROLO Emanueli, Sabaudiæ Duci, Subalpinorum Principi,

Antonius Faber S. P. D.

CVM de republica mihi semper visi sunt benè mereri omnes, qui iurisprudentiam tractant, Princeps sereniſſime, tum ii omnium optimè, qui sic tractãt, vt ad præcepta scientiæ addant etiam iuris dicendi exercitationem. Nam quod de virtutibus verè proditum est, præcipuam earum laudem in actione, non in contemplatione consistere, idipsum sanè de scientiis omnibus perinde dici potest, si eę excipiantur, quę contemplatione adeò constant, vt actionis penitus sint expertes. Neque verò insulsè Doctores istos ἀπράκτους καὶ τῆς πράξεως ἀδαίας cotibus assimilauerim, quæ acuendis gladiis, vt pungere & scindere possint, aptissimę, ad pũgendum tamen vel scindendum sunt ipsæ prorsus inutiles, & inefficaces. Itaque cùm iuris non scientiam, sed prudentiam dicere soleamus, fatebor equidem iurisperitos eos esse, at non æquè prudentes, nisi nouo fortasſis prudentiæ genere, quæ tota in dicendo dicendóque tantùm, non etiam in agendo versetur. In eóque mirandum certè, nescio an dolendum potiùs est, tot ætate nostra præstantissimos Iureconsulr tos sibi defuisse, qui in tradenda disciplina, ne Papiniano

quidem, vt videbantur, inferiores, si quàdo tamen ad praxim deueniendum fuit, vel de minima re interrogati, aut obmutuisse, aut tam ineptè respondisse memorantur, vt rudioribus pragmaticis præbuerint se ridendos. Ridiculi sanè, qui rem scitu non modò facilem, sed etiam necessariam, ob id solùm quòd eam nullo labore vel ab imperito quolibet addisci posse scirent, discere numquam voluerunt. Non sine magno mehercule & iurisprudentiæ, & totius reipublicę detrimento. Inde namque facti audaciores pragmatici, iam alioqui per imperitiam procliuiores quàm par esset ad negligenda ea omnia, quæ ad meram verámque iuris scientiam pertinent (sola, vt quidem arbitror, assequendæ eius desperatione) adeò sibi placent miseri, & blandiuntur, vt quasi nihil scientia conferat ad praxim, illam omnino negligant, hanc vnam sectentur. Quæ res, mirum est quantas in tribunalibus lites, ac potiùs tragœdias excitarit. Quemadmodum enim theoria sine praxi aut nullius aut perexigui certè vsus est, ita nihil reipublicæ pernicioſius, quàm si per eos qui iura & res forenses tractant, praxis à theoria seiungatur. Nam, quod iam olim Comicus dixit, Homine imperito quid iniustius? quid ineptius? Aut quid ad inducendos errores accommodatius, quàm si in reddendo iure propriam cuique animi sententiam pro ratione sequi, & nescio quo æquitatis commentitiæ obtentu legibus illudere passim concedatur? Mos enim sollennis ille est istiusmodi hominum, vt siue delirent, siue recta sentiant (quod nonnunquam, sed casu euenire necesse est) omnia referant ad æquitatem, quam pro arbitrio sibi fingunt, vt magni non iuris tantùm, sed, quod etiam in iure præcipuum est, æquitatis arbitri existimentur. Quòd si ad eorũ ineptias profligandas Papiniani autoritas, & quod est cõsequens, non mera solùm, sed vera etiã probaq; iuris æquissimi ratio aliqua obiiciatur, Tũ isti nudis, quod aiũt, ridere dentibus,

Digitized by Google

& ſubtilitates iſtas, aucupia, & apices dicere, vt quia nihil habent quod cõmodè reſpondere poſsint, honeſtè ſaltem cõticeſcant. Quorũ inſcitiam ſicuti detegere facile, ita negligere expeditũ eſſet, ſi non eo maximè hominũ genere toto terrarũ orbe tribunaliũ ferè omniũ ſubſellia vndiq; redundarent: quibus nihil familiarius aut antiquius eſt, quàm vt inueteratos pragmaticorũ errores pro certiſſimis legibus obtrudãt, à quibus in iudicando & conſulendo recedere putent non oportere. Id ego etſi ſemper moleſtè tuli, tunc tamẽ multò moleſtiùs, cùm tuis, mi Domine, imperiis Iuridici maioris dignitate apud Sebuſianos meos honeſtatus iudicandi munere, quod in eũ vſq; diẽ hac vna potiſſimùm ratione recuſaueram, fungi cœpi. Occurrebat enim quotidie, vt vel contra pragmaticorũ errores receptiſſimos iudicandũ mihi eſſet, vel cum cæteris ineptiendũ, & longè aliter, quàm ratio iuris ferret, pronũtiandum: quorũ alterũ à ſolito iudiciorum more, alterũ etiam à dignitate mea certè alienũ videbatur. Poſteà verò quàm per trienniũ integrũ eo munere vtcũq; perfunctũ me in ampliſſimi ordinis Patrẽ cooptatũ voluiſti, fuit tanto iucundius videre grauiſſimos viros, nec minùs ingenii & eruditionis, quàm probitatis laude præſtantiſſimos

Nullius addictos iurare in verba magiſtri,

eam in iudicando rationem ſequi, quæ à iure ſcripto, Romaníſq; legibus minùs abhorreret. Cur. n. alienis erroribus in inſeruirẽt ii, quibus tu, Princeps ſereniſs. ipſius quoque iuris tẽperandi & corrigendi ius eſſe imperaſti? quíq; pro ſua prudentia, & grauitate nõ aliter iudicare debeãt, quàm tu ipſe eſſes iudicaturus? Itaq; cœpi ex eo ferè tẽpore de tot ineptiis tandem prodẽdis perpẽdẽdiſq; cogitare. Sed ne tamẽ adeò præclarum opus tã citò adgredi potuerim, fuit illud impedimento, quòd in obſeruandis, colligẽdiſque in ſingulos dies ſenatuſconſultis priorẽ operã impẽdi oportuit, Senatu ipſo vel tacito ita iubente, & ætatem

Digitized by Google

meam iunioré ſatis firma valetudine ſubnixam ad id muneris obeundum compellente. Is meus erit Codex Sabaudicus, noſtrorum etiam pragmaticorũ gratia, vt amicum me non hoſtem eſſe ſciant, breui, vt ſpero, in lucem proditurus. Taceo tot prioribus additos Coniecturarum mearum libros, ſtylo certè & inſtituto longè diuerſo, ſed in eũ præcipuè finem comparato, vt & publicè prodeſſemus, & ſi quam in docẽdo iure nominis celebritatem tot labores aſſequi poſſent (quam non vulgarium Iureconſultorum adprobatio polliceri videbatur) ea faceret aliquando, vt contra pragmaticos diſputantibus nobis tantò maior fides adhiberetur. Neq; noſtra nos omnino fefellit opinio. Quæ.n. obſurioribus pleriſque iuris noſtri locis aut interpretãdis aut emendãdis cura per nos adhibita eſt, hoc ſaltem videtur aſſecuta, vt nõ deſint iã qui putẽt, ratione nõ prorſus carere ſententiam, quæ nos habeat vel autores vel aſſertores. Nec ſanè ſi genio & ingenio tantùm noſtro indulgere voluiſſemus, alia vnquam ſcribendi ratio placere nobis potuiſſet. Enimuerò cùm creſcente magis ac magis pragmaticorũ noſtrorũ imperitia ſimul & audacia, meus etiã creſceret dolor ex tot erroribus in ſuprema quoq; tribunalia nõ iã per cuniculos vt anteà irrepẽtibus, ſed, quod indignius eſt, ferè aperta vi irrũpẽtibus, non potui diutiùs cunctari, quin ad has Decades manum admouerem, tanta equidẽ animi cõtẽtione, & alacritate, vt de Chiliade priùs quàm de prima Decade cenſcribẽda cogitarẽ. Adeò multa in praxi ſunt, ne dicam innumera, quæ animaduerſione indigẽt, & reprehenſione. Quo in ſtudio quinq; & viginti Decadibus intra menſes aliquot negligenter fortaſſe magis quàm fœliciter abſolutis, etſi ad Chiliadẽ animus calamúſq; properabat, me tamẽ publicarũ occupationũ multitudo remorata eſt, feréq; omnẽ tã longi operis vnquam abſoluẽdi ſpẽ abſcidit, ex quo præſertim die Gebẽnẽſium Namurcíque Duci Sereniſs. per te licuit, vt me in Cõcilii

fui

fui Præfidem ſaluâ Senatoriæ dignitatis purpura è Senatu euocaret. Quid.n. otii in tanta temporum difficultate, mediiſque tubarum clangoribus reliquum eſſe poſſit ei, qui totus in totam reipublicæ curam incũbere debeat, & Magiſtratum agere, non Doctorem? Quare dum meliora expecto tempora, quæ ſperare nos ſingularis prudẽtia, & virtus tua iubet, cogítque, viſum eſt primam hanc Chiliadis partem præmittere, non ſolùm vt quid de inſtituti mei ratione ſenſuri eſſent ii, quibus prodeſſe volui, explorarem: verùm etiam, vt ſi facere poſſem, ſanè quantum in me eſſet, Iliadem illam malorum, quæ non tam ex forenſibus iurgiis, quàm ex iuris ignoratione proficiſcitur, aliqua ſaltem ex parte profligarem. Cùm verò patronus quærẽdus eſſet, qui & laboranti ſuppetias ferre, & nouo operi gratiã, dignitatémq; conciliare poſſet, tu vnus Princeps ſereniſs. is eſſe mihi viſus es quem eo nomine interpellare deberẽ. Nam ſiue me reſpicio, non poſſum tibi hæc non debere, cui me natura primùm, deinde tot beneficiis teſtata in me ornando liberalitas, tua debere omnia voluit, ſiue nouitatem operis intueor, & quę in præclaris conatibus perpetua nouitatis comes eſt, inuidiam pertimeſco, alius præter te nemo eſt, ex cuius autoritate noſtris laboribus ea poſſit dignitas accedere, quæ inuidorum obtrectationes & calumnias facilè fractura ſit, vt hæc agendo nonnihil egiſſe videamur. Ac ſanè digniſſima res eſt, in quam ſeriò, quod facis, incumbas, vt iuriſprudentiam, quæ iam ferè in ſcholis tot Doctorũ, quos ætas noſtra elegantiſſimos tulit, ſingulari ſtudio à barbarorum ſpurcitie vindicata eſt, in tribunalibus quoque, id eſt in hominum & rerum humanarum luce tandem aliquando ſplendeſcere videamus. Quã in rem nihil eſt quod aut facilius, aut commodius facere poſſis, quàm ſi, vt cœpiſti, ad eas dignitates quæ iudicandi munere funguntur, in ſupremo potiſſimùm iſto tribunali, vbique terrarum, ſi quod vſquam aliud, & eruditionis, &

Digitized by Google

integritatis fama celeberrimo, illos euehas, qui veram germanámque iuris scientiam adprimè professi, longáque rerum forensium exercitatione exculti, de se præstare possint, vt non minùs quid iudicandum, quàm quid iudicari solitum sit, intelligant. Veniet tempus illud, si benè præsentio, veniet aliquándo, cùm tot Aduocatos, tot Iudices, viros alioquin graues nec ineruditos pudebit inalienis erroribus tandiu perstitisse, & de clientum suorum fortunis omnibus, vita etiam, adeóque existimatione tam sæpe sub autoritate iuris scientiæ, vel æquitatis, imprudenter licèt, potiùs quàm dolosè, iniuriam pro iure reddidisse. Ego, si, quod non despero, aliquid in eam rem contulisse videbor, & ad maiora properantibus aut viam aut animum fecisse, mecum planè fœliciter actum, nec malè vigilias meas collocatas esse arbitrabor. Sin eò consuetudinis fœdissimæ, vsúsq; longęui tanta erit autoritas, & vsque adeò sui valitura momento, vt & rationem superatura sit & leges, hoc vno támen me consolabor, quòd & Deo primùm Opt. Max. cui sat est benè me voluisse, gratissimum, ni fallor, obsequium præstitero, & tibi Princeps Serenissime, vt sperare audeo & debeo, munus non iniucundum, licèt indignum prorsus, quod in tanto bellicarum expeditionum tumultu tibi offeratur; nisi sic accipies, quasi ad eam quoque curam pertinens, quam tu omnium maximè etiam inter arma tractare soles, id est, ad iustitiam administrandam, sine qua, vt te sæpiùs grauiter præclaréque dicentem audire memini (digna certè vox tanto Principe!) nec armis victricibus, nec honesta pace vnquam beari Princeps quisquam possit. Benè vale, Princeps serenissime, nobísque omnibus, ac toti Reipublicæ Christianæ diu fœlix viue. Dat. Necii, 8. Cal. Decembr. 1597.

Digitized by Google

ANTONII FABRI IC.
SEBVSIANI SABAVDI
SENATORIS, ET IN
Gebennensis Ducatus Auditorio Præsidis,

DE ERRORIBVS
PRAGMATICORVM,
ET INTERPRETVM IVRIS,

CHILIADIS PARS PRIMA,
IN DECADES XXV. DISTINCTA.

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, sed iis etiam, qui in scholis versantur, longè utilissimum, ad vera, rectáque iuris principia capessenda, quorum ignoratione pragmatici, vulgaréque interpretes passim cæcutiunt.

Secunda editio ab Authore recognita.

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA
VITTORIO EMANUELE

LVGDVNI,
APVD SAMVELEM CRISPINVM.

M. D C. V.

INDEX CAPITVM
SEV ERRORVM.

Prior numerus Errorem, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

DECADIS. I.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito vel denegato. Er. 1. pag. 1
De vsuris chirographarijs. 11. 8.
De hypotheca per chirographum expressim constituta. 111. 9
De offerendi iure quod posteriori creditori cōpetit aduersus creditorem. 1111. 12
De pignoris venditione facta per creditorem iure debitoris. V. 14
De iterata pignoris venditione. V 1. 15
De Dolo in re ipsa & dolo ex proposito. V 11. 19
Si in vēditione pignoris per creditorē facta iure creditoris enormissima, vt vocāt, lesio intervenerit. V 111. 23
De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi. 1 X. 25
Si creditor de pignoris euictione conueniatur. X. 26

DECADIS II.

De Pecunia penes eum depositā, qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij. I. 29
De Separatione e x edicto pretoris impetranda. 11. 31
De curatore dando hereditati tanquā iacenti, quae agnita est cū beneficio legis & inuentarij. 111. 33
De Iurium singularium & vniuersaliū confusione quae fit per adutionē hereditatis. 111. 37
De Herede qui dolo malo versatus est in hereditate, cuius inuentarium fecit. V. 39
De Herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratū beneficium inuentarij. V 1. 43
De beneficio inuentarij per eum agnito, qui nondum certus est ex quo iure sibi deferatur hereditas. V 11. 46
De Rebus hereditarijs, cum inuentariū solenne ab herede fit, aestimandis. V 111. 48
Si is qui conuentus à creditore, confessus est se heredē cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium. 1 X. 50
Si ex confessione hereditatis adita vni ex creditoribus facta, alij creditores agāt. X. 52

DECADIS III.

De suo herede qui nec immiscuit se, neque abstinuit. 1. 56

Si seruus heres se abstinuerit,& curator paternæ hereditati tanquam iacẽti detur. II. 59

De curatore iacenti hereditati dando,cùm nullus heres est siue aliquis speretur, siue non. III. 60

De herede siue suo siue extraneo qui respondit se heredem non esse. IIII. 62

De suo herede qui posteaquam se tutore authore immiscuit vult abstinere. V. 63

De differentia sui heredis & extranei in agnoscenda hereditate. VI. 64

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet. VII. 66

De successorij edicti potestate à bonorum possessionibus ad hereditates translata. VIII. 67

De præscriptione temporis aduersus eum oppositæ,qui non potuit agere. IX. 71

De confirmando tutore vel curatore. X. 72

DECADIS IV.

De creditore,fiduciariam,& vt loquũtur,prouisionalẽ adiudicationem vrgẽte in generalis bonorum discussionis instantia. I. 73

De eo qui propriam possessionem auocat ex causa constituti. II. 75

De exceptione non factæ excussionis oppositæ aduersus hypothecarium creditorem agentem ad possessionem ex clausula constituti. III. 77

De creditore qui post intentatam hypothecariam,implorat beneficiũ clausulæ cõstituti.& l.vlt.C.de acq possess. IIII. 79

Si possessio per clausulam constituti quæsita amissa sit sine facto constituentis. V. 81

De formula sententiæ ferendæ pro creditore hypothecario possessionẽ propriam auocante ex clausula constituti & beneficio legis vlt.C. de adquir.poss. VI. 82

De creditore auocãte propriam possessionem,implorato beneficio clausulæ constituti,non etiam legis vlt.C.de adquir.poss. VII. 85

De acquirenda per constitutum possessione futurorum bonorum. VIII. 86

De precaria possessione. IX. 87

Si possessio per constitutum & precarium simul translata sit. X. 89

DECADIS V.

De creditore hypothecario possessionem propriam auocante ex clausula constituti, pendente instantia discussionis bonorum. I. 91

De eo qui ad propriam possessionem tuendam implorat beneficiũ legis vlt. Cod. de adquir.possess.etiam contra heredem debitoris. II. 94

Si creditor pignoris possessionẽ nactus pendente discussionis instantia vẽdere pignus velit. III. 96

De statutaria rerum hereditariarum possessione qua à defuncto in heredem cõtinuatur. IIII. 98

De hereditariarum rerum possessione,ex qua hereditatis aditio inducitur. V. 99

De clausulis quæ adhiberi solent ad impediẽdam excussionis non factæ exceptionem. VI. 101

De iuribus & nominibus excutiendis. VII. 102

De excussione debitoris vsque ad peram & sacculum,vt aiunt,facienda. VIII. 104

De excussione pignerum postremo loco alienatorum. IX. 106
Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur. X. 110

DECADIS VII.

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentiũ & quid si habeant etiam expressam I. 112
De muliere habente expressam & specialem hypothecam pro dote. II. 114
De hypotheca specialis excussione. III. 116
De potestate generalis hypothecæ iis casibus quibus specialis necessaria esse creditur. IIII. 19
De locatore rem conductam vindicante à conductore. V. 121
De venditis fructibus fundi iam locati. VI. 123
De tutela impuberis auum paternum & matrem habentis. VII. 127
De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni est potestate. VIII. 128
De minore curatorem habente. IX. 129
Vbi conueniri debeat is qui ex causa euictionis vel mandati author laudatur. X. 130

DECADIS VII.

De rescindentis & rescissorij iudicij cumulatione. I. 132
De tertio possessore rei à minore alienatæ & per in integrum restitutionem petitæ II. 134
De in integrum restitutione maioris aduersus tertium possessorem ex causa immodicæ lasionis. III. 136
Si is qui à minore emit aut à maiore laso vltra dimidiam iusti pretij petente restitutionem absens sit, aut contumax, aut sine herede decesserit. IIII. 140
Vbi caussa in integrum restitutionis agitari debeat. V. 142
De condemnatione fructuum in iudicio restitutionis in integrum. VI. 144
De fructibus ei adiudicandis qui restituitur, ex causa immodicæ lasionis. VII. 147
Si venditor qui vltra dimidiam iusti pretij lasus est, renuntianerit beneficio leg. 2. Cod. de Rescind. vend. VIII. 151
De minore qui petita propter ætatem restitutione, nec probata ætate probauit immodicam lasionem. IX. 154
De cumulatione condictionis ex Can. Redintegranda. 3. q. 1. cum condictione ex l. 2. Cod. de rescind. vend. X. 156

DECADIS VIII.

De diuisione in qua lasio interuenit. I. 159
Si diuisio inter maiores per electionem aut sortem facta sit & lasio interuenerit. II. 165
De suppletione faciẽda per eum ex condiuisoribus contra quem impetrata est restitutio ex causa immodicæ lasionis. III. 168
Si quid ex bonis diuisis alienauerit is qui diuisionem rescindi vult ex causa immodicæ lasionis. IIII. 170
De differentia venditionis & diuisionis in probanda lasione. V. 172
De lasione quæ in dotalibus rebus æstimandis interuenit. VI. 173
De emptore qui immodicè lasus est. VII. 177
Si locator immodicè lasus sit. VIII. 180
Si in permutatione lasio immodica ex alterutra parte interuenerit. IX. 183

Si aduersus transactionem ex causa immodicæ læsionis restitutio petatur. X. 185

DECADIS IX.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur. I. 188
De exceptionibus & replicationibus dolí quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudicijs ineſſe creduntur. II. 190
De actione de dolo quæ bonæ fidei iudicijs ineſſe dicitur. III. 191
De fideiuſſore qui pignora debitoris emit a creditore. IIII. 194
De antichreſi tacita & fructibus pignoris in ſortem imputandis. V. 196
De differentia pignoris & Hypothecæ in tacita antichreſi conſtituenda. VI. 200
Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore nunquã poſſit. VII. 203
De iure dominij pignoris impetrando. VIII. 205
De venditione facta ſub pacto de retrouendendo. IX. 206
De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet de retrouendendo. 209

DECADIS X.

De legitimo vſurarum modo. I. 121
De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouendidione. II. 214
De diuidendis inter emptorem & venditorem fructibus pignorũ redemptorũ. III. 217
Cuius temporis ratio habeatur in adiudicãdis laudimijs ex pignorum venditione debitis. IIII. 220
De interpoſitione Decreti quæ fit antequam ſemeſtre præterierit. V. 222
De primo & ſecundo decreto. VI. 224
De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt reſcindendis. VII. 228
De perpetuando iure luendi pignoris ex causa enormiſſimæ læſionis. VIII. 230
De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio intercenit. IX. 231
De prætorio pignore X 234

DECADIS XI.

De differentia iudiciorũ bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet. I. 236
De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium. II. 239
De fructibus ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione adiudicandis. III. 242
De fructibus hæreditatis fideicommiſſariæ in Trebellianicam computandis IIII. 245
De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicã imputare non cogantur. V. 246
De alio liberorum primi gradus priuilegio, vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur. VI. 248
De duplici falcidiæ detractione. VII. 251
De prohibita hæredibus primi gradus quarta Trebellianicæ deductione. VIII. 257.

De

De Legitima & Trebellianica computatione. IX. 259
De Onere legatorum post restituram ex fideicommisso hereditatem. X. 260

DECADIS XII.

De fructibus ligitimæ. I. 265
De Dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit. II. 267
De filia quæ paternæ successioni adeóque legitimæ cum iureiurando renũtiauit. III. 269
De pacto de non succedendo. IIII. 270
De filia quæ paternæ successioni generaliter, non etiã legitimæ specialiter renuntiauit. V. 274
De casibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab intestati successione per legem aut consuetudinem excluſus est. VI. 277
De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitimæ. VII. 279
De filia quæ paternæ successioni & petitioni legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione. VIII. 280
De portione filiæ quæ renuntiauit an accrescat hæred, an hereditati. IX. 284
De Trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati. X. 285

DECADIS XIII.

De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa est à legitima. I. 287
Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris successioni, in ea dote instituta sit. II. 292
De Testamento quod per præteritionẽ nullum est, ex æquitate prætoria defendẽdo. III. 294
De filia quæ accepta dote congrua petit supplementum legitimæ patre mortuo ex bonis posteà quæsitis. IIII. 297
Si iurata sit renuntiatio filiæ, quæ supplementum legitimæ petit ex bonis posteà quæsitis. V. 302
De læsione quæ locum facere possit restitutioni aduersus iuratam pactionem de nõ succedendo. VI. 306
De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ successioni cum iureiurado. VII. 301
De filia quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ successioni & læsa per decẽnium tacuit. VIII. 313
De renuntiatione iurata fauore masculorum aut certæ alterius personæ factæ. IX. 315
Si soror cum fratre pactũ fecerit de non succedendo patri præsenti & consentiẽti, posteaque pater voluntatem mutauerit. X. 317

DECADIS XIV.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit se filium aut filiã ex æqua parte heredem habiturum. I. 319
Si futuræ matris aut fratris absentis successioni renũtiauerit filia patre stipulante. II. 321
Si paternis tantum bonis renuntiatũ sit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad secunda vota conuolauerit. III. 325
Si filia quæ patri cum Iureiurando renũtiauit ab eo instituta sit in aliquo pro le-

gitima portione. IIII. 327
De differentia legitimæ portionis quæ descendentibus & eius quæ ascendentibus debetur. V. 329
De legitima tam ascendentibus quàm descendentibus institutionis titulo relinquenda. VI. 332
De querela inofficiosi testamenti hodie sublata. VII. 336
De actione qua adsupplementũ legitimæ portionis datur, ei cui minus relictũ est. VIII. 336
Si is cui minus legitima datum est, cum onere nihil amplius petendi relictum agnouerit. IX. 342
De supplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum est. X. 344

DECADIS XV.

Si certa pecuniæ quantitas in diem certum soluenda testamento data sit pro legitima. I. 349
Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem, quæ pro legitima relicta est, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum. II. 352
De legitima Statuto in totum tollenda vel minuenda. III. 355
De legitima matris, superstitibus fratribus extraneo herede instituto. IIII. 357
De iure adcrescẽdi quod heredi ex certa re instituto accommodatur. V. 371
De instituto ex re certa possessionem eius rei occupante propria authoritate. VI. 354
Si testator ius adcrescendi ei prohibuerit, quem solum ex certa re scripsit heredẽ nullo adscripto coherede. VII. 366
De heredum institutione, quam particularem vocant, & de ea quæ fit partibus distributis. VIII. 374
De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte. IX. 376
De eo qui heres simpliciter aut ex aliqua assis parte scriptus, & certis rebus pro sua institutione contentus esse iussus est. X. 377

DECADIS XVI.

De ineunda æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut stricto. I. 382
De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita æstimanda. II. 384
De natura iudiciorum stricti iuris in re debita æstimanda. III. 387
De æstimanda re in diem certum debita. IIII. 389
De ineunda æstimatione rei debitæ sub conditione. V. 392
De æstimanda re contra fideiussorem eius qui certa die dari debuit. VI 365
De differentia Mercis & Speciei debitæ, cùm de æstimatione ineunda tractatur. VII. 397
Si species debita vilior, nec tamen deterior facta sit. VIII. 400
De conditione triticaria. IX. 402
De rei debitæ æstimatione aucta post condemnationem. X. 403

DECADIS XVII.

De æstimatione quanti plurimi. I. 407
De æstimatione quanti plurimi in condictione furtiua. II. 409
De æstimatione rerum amotarum. III. 411.
De accessionibus & vsuris æstimationis quanti plurimi. IIII. 414
De iureiurando in litem cùm agitur condictione furtiua. V. 416
De differentia iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris in re debita per iusiurandum in litem æstimanda. VI. 417
De iureiurando in litem in actione ex empto. VII. 422
De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant veritatis. VIII. 423
De in litem iurando pro numis sua die non solutis. IX. 426
De delatione iurisiurandi, quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei. X. 429

DECADIS XVIII.

De in litem iurando in actione hypothecaria. I. 431
Si creditoris hypothecariam exercentis interfit plutis quàm debeatur. II. 433
De formula instituendæ actionis hypothecariæ. III. 435
De arbitrarijs actionibus. IIII. 437
De actionibus arbitrarijs hodie sublatis. V. 440
De in litem iurando in actionibus de dolo & quod metus causa. VI. 443
De in litem iurando in interdictis. VII. 446
De iureiurando Zenoniano. VIII. 448
De iureiurando in litem à iudice ante vel posteà quàm præstitum est, taxando. IX. 450
De re post moram perempta quæ penes actorem fuit æquè peritura. X. 453

DECADIS XIX.

De iureiurando, vt vocant, suppletiuo. I. 455
De iureiurando Iustinaneo ad l. Generaliter 12. Cod. de reb. credit. & Iureiur. II. 458
De differentia iurisiurandi Iustinianei & vulgaris, quod suppletiuum vocant. III. 462
De casibus in quibus Iustinianeum Iusiurandum deferri potest. IIII. 464
De lite post iusiurandum præstitum ex nouis instrumentis retractanda. V. 466
De sumptibus litis iureiurando iudiciali decisæ. VI. 472
De sumptibus litis per iusiurandum, vt vocant suppletiuum, decisæ. VII. 473
De iurisiurandi delatis ratione. VIII. 475
De iureiurando iudiciali per eum delato, qui à probanda intentione sua iam exclusus sit. IX. 477
De iureiurando delato quod habetur pro præstito aut pro relato. X. 479

DECADIS XX.

De anatocismo & vsuris fructuum ac sumptuum litis. I. 480
De alienatione fideicomissi ab ascendente relicti ex causa dotis aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis. II. 482

Digitized by Google

De Fideicommisso transuersali relicto sub conditione Si sine liberis. III. 485
De conseruandis legatis & fideicommissis ex testamẽto quod nullum & iniustum est ratione praeteritionis paternæ. IIII. 487
De Testamento per clausulam codicillarem defendẽdo, & de clausula, omni melioris modo. V. 489
De clausula codicillari concepta per verba praesentis tẽporis aut futuri. VI. 491
De posthumo ignoranter praetorito à patre qui codicillarem clausulam adscripsit. VII. 494
De Iure adcrescendi per clausulam codicillarẽ in vim fidercõmissi defendendo, cùm posthumus aut alius ex suis heredibus cuiuscumque gradus praeteritus fuit. VIII. 496
De distinctione filij scienter aut ignorãter praeteriti cùm agitur de legatis & fideicommissis ex testamento & Iuliani lege conseruandis. IX. 498
De coniectura illa pietatis, de qua in l. cùm auus 102. D. de condic. & demonst. X. 503

INDEX

INDEX LEGVM, AVT EXPLICATARVM AVT EMENDATARVM SECVNDVM SERIEM Pandectarum.

EX DIGESTI VETERIS.

LIB. I.

TIT. VII. l. Si adrogator 22. *ff. de adopt.* 12.5.277.13.4.297.12.10 286.14.2.143

l. nam ita 39.4.1.24

TIT. XVI. l. nec quicquam 9. §. vbi decretum *ff. de off. proconſ.* 20.6.224

LIB. II.

TIT. I. l. 4. *ff. de iuriſdict.* 10.6.227

TIT. XIV. l. 1. *ff. de pact.* 5.6.111

l. iuriſgentium. §. quod ferè 1.2.6. §. nuda ibid.

l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret 3.6.65

l. ſi tibi 17. 1.2.7

l. contra 28. 12.4.273

l. ius publicum 30. 12.4.271

l. diuiſionis placitũ 45.8.1.162.8.9.184

l. in traditionibus 48.9.9.206.10.2. 210

l. qui in futurum 57. 9.7.204

l. ab emptione 58. 8.4.172

TIT. XV. l. qui cum tutoribus 9. *ff. de tranſactio.* 13.4.301 §. 1.2. & 3.14.3.327

LIB. III.

TIT. II. l. furti 6. §. mandati. *ff. de his qui not. infam.* 9.3.193

TIT. V. l. quia tantundem 7. *ff. de negot. geſt.* 8.1.161

LIB. IV.

TI. I. l. ſcio. 4. *ff. de in integ. reſtit.* 1.7. 22.81.164

TIT. II. l. ſed & partus 12. *ff. quod met. cau.* 7.6.145

TI. III. l. 1. §. penult. *ff. de dolo.* 1.7.22 l. & eleganter 7.1.7.19.24.13.7.312.7. 10.158

l. ſi quis adfirmauit 9. §. vlt. 1.7.22.8. 1.164

l. non debet 11. 1.7.22

l. non debet 11. in fine 9.3.191

l. & apud quem 17.6.422

l. ſed & ex dolo 15. §. vlt. 1.8.24

l. arbitrio 18.7.7.151. §. 1.18.4.438.17. 7.421

l. cum quis 31. 4.2.75.5.2.95

TIT. IV. l. 3. §. ſed vtrum *ff. de minor.* 13.8.292.20.2.483

l. ait prætor §. ſed quòd Papinianus 3. 1.58.7.2.134.11.4.3.244. §. quæſitũ. 1.6.17. §. hodie 8.8.183.8.2.166

l. ſi ex cauſſa 9. §. in dotis quoque 8. 6.175

l. verum 11. §. item non reſtituetur 8 2.168

l. in cauſæ 13. §. interdum 7.1.132.135 137. §. vlt. 7.6.145

l. ſed vbi 15. 7.4.141

l. in cauſæ 16. §. idem Pomponius 7. 10.157.8.1.162

l. in cauſæ 17. §. 1. 13.7.311

l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio 1.7. 21.7.6.144.14.10.346 §. Scæuola 8.4.170

l. in cauſæ 25. §. idem Pomponius 7. 20

l. patri 27. §. ſi pecuniã 1.7.21.7.6.145

l. in ſi emptio. 35.7.2.35.7.3.138.8.7.178

l. minor 40. §. vlt. 7.8.154 §. prædia 7.6.145

TIT.VI.l.denique 19.ff.*ex quib.cau. maior.* 4.3.79.4.8.87.5.4.98.6.4.125
l.cum miles 30.5.2.4.96.98
4.penult.§.vlt. 5.3.98

LIB. V.

TI.I.l.ſi præter 75.ff.*de iudic.* 7.5.143
TIT. II. l.poſthumus 6. in princ.& §.1.ff.*de inoff.teſtam.* 12.5.274
l. cum quæritur 6. 12.1.265
l.Papinianus 8.§. vnde ſi quis 11.6.250.11.7.253.§.quarta autem 11.10.262.l.ſi pars 10.15.7.367
l.nihil intereſt 12. 13.2.293
l.nam etſi 17. 12.6.278
l.mater decedens 19. 7.8.153
l.ſi inſtituta §. de inofficioſo 15.1.351
TIT.III.l.item veniunt 20.§. fructus *ff.de hæred.petit.* 11.3.244.§. ſimili modo 8.4.172
l.ſed etſi lege 25.§.ſi ante *ff. de petit. hæred.* 7.8.154.12.1.266.7.6.145
TIT. v.l.vlt.*ff.de poſſ.hæred.petit.* 11.3.244
TIT.VI.l.2.ff.*de fideicom. hæred.pet.* 11.3.224.

LIB. VI.

TIT.I.l.officium. 9. ff. *de rei vind.* 2.1.29.4.4.130.6.4.121
l.Iulianus 17. 16.10.405
l.in rem 23. 7.1.132
l.Fructus 44.6.6.124.1.1.5.11.3.244.10.3.219
l.ſi nauis 62. 1.2.6.11.1.237
l.qui reſtituere 63.18.3.436.438.440.441
l.quædam mulier 77. 4.4.80.4.3.77
l.vlt. 1.1.4
TIT.II.l.ſed etſi res 7.§.1.ff. *de publ. in rem actio* 8.6.173
l.de precio 8. 7.10.158

LIB. VII.

TI. I.l. an vſusfructus 56.ff. *de vſufr.* 9.10.110
TI.I v.l.ſi fructuarius meſſem. 13. ff. *quib.mod.fruct.* 6.6.124
TI.IX.l.vlt.ff.*vſufr.quẽ cau.* 16.9.402

LIB. VIII.

TI.I.l.ei fundo 17. ff. *de ſerv.* 5.6.101
TI.IV.l.vendito. 13.ff.*cõ.præd.* 5.6.101

LIB. IX.

TI.II.l.ait lex 21.ff. *ad leg. Aquil.* 17.6.419.425.428.17.1.408.16.1.383

LIB. X.

TI.I.l.4.§.poſt litem.ff.*fin.reg.quod* 11.1.237
TI.II.l.item Labeo.22.§.2.ff. *famil. erciſc.* 8.1.164
l.propter ſpẽ 23.8.8.181. 8.2.168.8.10.186.l.Põponi°.35,13.2,293.13.4.298
l.ſi quæ ſunt 8.2.168
TI. III.l. communi 7.§.1.ff. *com. diuid.* 8,1,164
TI.IV.l.3,ff.*ad exhibend.* 2,1,30
§.præterea 2,8,49

LIB. XI.

TI.I.l.2,& 3,ff. *de interrog. in iur.faciend.* 2,10,53,59
l.ſi filius qui abſtinuit 12,3,1,58,60,62
TI. VII.l.in eũ 16,ff.*de relig. & ſump. fun.* 13,2,292.

LIB. XII.

TI. I.l.2 *ff.de reb.credit.* 9,7.203
l.rogaſti 11,§.ſi tibi 1,2,7
l.vinũ 16,1,382, l. creditor 25,6,1,113
l.lecta 40, 1,2,7,8,10,20.
TI.II.l.nam poſteaquam 14,§.ſi minor ff.*de iureiur.* 7,9,154
TI.IV. l.3, *de in lit. iur.* 1,2,7,8,16,3,588,17,8,48,6,408
l.videamus 4.§.iurare 18,4,440.
l.in actionib.5,§.vlt.16,10,401,2,8,49
l.tutor 8,18,§. 6,443
l.alias 9.2,8,49,9,5,199,17,6,424,410,412
TI.VI.l.ideb.15.*ff. de cõd.ind.*12 1,266
l.ſi non ſortem 26,§. 1,20,1,480
l.repetitio 43, 1,10,28
l.qui promiſit 48,13,4,298,14,10,345
l.in ſumma 61,65,§. 18,10,186

LIB. XIII.

TI.I.l.ſi pro fun.7,§.1,ff. *de cond. fur.* 17,2,410
l.8,in refur.§.1,17,2,408,409,410,414
TI.II.l.1,*ff. de condict. ex lege* 7, 7,151
TI.III.l.1,*ff.de condict.triticã.*16,9, 402

l.pe-

l.penult. 16.7.397.403.405
l.vlt. 16.7.398
TI. IV. l.3. *ff. de eo quod certo loco* 11.2. 241. TI. quod si Ephesi. 1.2.8
TIT. v. l. & passim. D. *de const. pec.* 1.1.5. §.cum qui 1.2.6
l.promissor 21. 551.20.1.481.16.3.388
TI. VI. l. rei commodatæ 8. *ff. commod.* 4.4.80
l.3.§.in hac 17.6.418
TIT. VII. l.4. *ff. de pignor. actio.* 1.5.15. 16.5.3.97
l.5.& 6. 1.6.18
l.quamuis 6. 1.4.14.9.7.203
l.si rem 9.§. propriè 9.6.200
l.si cum venderet 13.7.3.139
l.& eleganter 24. §. si vendiderit 18. 1.432
l.non est mirum 26. §.1. 10.10. 234. 235.§.1.10.6.228
l.si conuenerit 18. 5.10.111

LIB. XIV.

TI.I.l.vlt. *ff. de exercit. act.* 7.2.136

LIB. XV.

TI.I.l.3.§.idē scribit. *ff. de procul.* 1.1.4
l.summa 21.§.sed si alij 1.1.4

LIB. XVI.

TI.I.l.vir vxori 17 *ff. ad S. C. Velleian.* 7.2.136
l.vlt.§.penult. 7.8.152
TI.III. l.1.§.1. *ff. depositi* 1.1.4
l.si quis inficiatus. 13.1.1.4. 16.9.402
l.ei apud quem 5. 9.3.193
l. rei depositæ 8. 2.1.29
l.licet 17.§.1. 4.4.80
l.publia.26.§.1. 1.2.7

LIB. XVII.

TIT.I.l.ex mandato 20.§.1. *ff. mand.* 16.2.387
l.idémq. 10.§.idē Labeo ait 9. 4.194
l.hominem 37. 16.6.386.397
l.si mandata 59.§.1.1.6. 16.10.3.217.9. 4.194.196.191.192

LIB. XVIII.

TI.I.l.1. *ff. de contr. empt.* 8.9.183
l.rem alienā 28.3. 6.65.1.11.28.6.5.123
l.in emptionem 35. 7.1.134
l.si quis donationis 38. 13.8.313
l.alienatio 67. 7.3.139
l.si cum fundum 68.§.1.17.17.423
l.pacta conuenta 72. 16.6.396
l.fundi partem.73. 10.2.216
l.fundi 79 9.10.209
l.fundi partem 79. 9.9.206
TI.II.l.1. *ff. de in diē addict.* 10.4.221
l.2.§.vlt. 10.2.216
TI. IV. l.1. *ff. de hæred. vel act. vend.* 12.2.267.12.4.272
l.nam hoc modo 11.8.10.186
TI.VII.l.si venditor. 6. in fine ff. *de seruis export.* 9. 1.190.209.216

LIB. XIX.

l.1.§.vlt. *ff. de act. empt.* 1.6.17.7.3.138 17.7.422
l.3.§.si per vēditorē 16,2,384,388,389
l.exempto 11,§ 15,is qui vina 7,7,148, 132,1,7, 20,1,10,27,28, 9,3, 192, 10, 2,216
l. si iactum 12, 8, 8,181,5,7, 104, 8,2, 168,186
l.fundi 17, 10,3,219
l.veteres 19. 8,9,184
l.si sterilis 21.§. si tibi 6,4,119
l. qui per collusionē 49, §.1, 11.1.238
TI.II.l.item quæritur 13,§.vlt. *ff. locat.* 8,8,182.1,7,20
l. item si 22,§.vlt. 7,7,148,8,7,178,7, 10,157,9,9,206
l.& ideo 23, 8,8,180, 175,9, 1,189
l.ex conducto.§.Papinianus 8,8,181
TI.III.l.1. *ff. de æstim. actio.* 8,5,171
§.vlt. 2,8,49
TI.IV.l.1. *ff. de rer. permut.* 8,3, 68
l.non enim 9.8 3, 7, 16,7 399
TI.V.l.1. *ff. de præscript. verb.* 1,2,8
l.naturalis 5.§.1. 8,9,84
l.Titius 34. 1,2,6,8,8,82

LIB. XX.

l.contrahitur. 4 *ff. de pignor.* 1,3,10,9 6,200
l.obligationē 6. 1,2,3
l.si is qui 11, §.si antichresis 9,5,197
l. Grege 13, §. etiam 6,1, 113,18,3, 4,36
l.& quæ vondum 15,§. quod dicitur 151,12,4,8,86

§.si antichresis 6.4.121.123
§.qui res suas 1.6.19.5.1.94.
l.si fundus 16.§.in vindicatione 4.3.78.18.1.3.431.435.442
l.cùm tabernam. §.idē quæsiit 1.3.10
l. si. inter 21. 18.3.436.437.439
l.lex vectigali 7.3.140
Ti.iii.l.i.*ff. in quib.caus.pign.* 1.1.5
l.licet 6. 6.1.113
l.in prædiis 7. 1.1.5
l.cùm debitor 8. 9.4.196
l.cùm debitor 8. 9.5.196.199.208
l.est differentia 9. 6.1.113
l.eo iure 1.1.5
Ti.iv.l.3.*ff.quæres pign.* 1.5.15
l.Aristo.3. 1.1.3
l.qui autem 6.§.sciendum 1.1.4
l.idémque 7.§.1. 6.6.127
l.qui balneum 9. 10.4.220
l.creditor 12.§.Papinianus 6.1.114
Ti.v.l.3.§.1.*ff.de distract.pig.* 1.5.14
l.cùm seruandus 5.§.1. 1.6.16, 10.3.217.9.4.194
l.si debitor 17.§.1. 6.4.119
Ti.vi.l.sicut 8 §.non videtur.*ff. quib. mod.pig.vel hypo.* 1.2.9.1.6.17
l.voluntate 10.in fine 7.7.149
150

LIB. XXI.

Ti.ii.l.5 *ff.de euiction.* 1.10.26
l.si seruus 21. 9.3.192
l.in venditione 60. 1.10.27
l.si venditor 66. 4.4.80

LIB. XXII.

Ti.i.l.3. 16.2.385.387.11.2.240
l.2.17.1.408.l. 4.11.1.238
l.neque 15. 10.9.234.11.1.238
l.cùm quidam 17.§.Diuus Pius 1.2.6
§.vlt. 10.1.212
§.si pupillo 11.2.241
l.liberalitatis 17.§.1. 11.1.236
l.vsuras illicitas 24. 10.1.212
l.qui scit 25.§.1. 1.1.5.10.2.215
l.placuit 29. 4.10.90
l.mora 32.§.penult. 1.1.5
l.lite 33. 1.1.5
l.vsuræ 34. 9.4.196
l.lite 35. 11.1.237
l.videamus 38.§.si actionem 8.1.162. 1.1.5.12.1.266
§.in Fauiana 7.6.145
l. Herennius 42. 11.2.240
Ti. ii. l.nihil interest 4.*ff. de naut. fœn.* 10.1.212.10.7.228
Ti.iii.l.si pactum 9.*ff.de probat.*12.9.284
l.quoties 18.§.qui dolo. 2.5.44
l. procula 26. 1.2.9
Ti.iv. l. regula 9.§.pen.*ff. de iur. & fact.ignor.* 8.7.179

LIB. XXIII.

Ti. ii. l. capite 19.*ff.de rit.nupt.*12.2.268
Ti.iii.l.i.*ff. de iure dot.* 13.2.293
l.iure succursum 6.§.vlt. 8.1.158.161.13.2.293.8.6.174.175.20.2.483
l.si res æstimata 12.§.1. 1.7.21
§.si mulier 7.10.158
l.plerumque 10.§.si ante 8.5.173
l.quoties 16. 8.6.173
l.priuilegia 32.*D.de reb.aut. iud. pos.* 2.1.30
l.Titia 64. 13.4.298
l.quamuis 75.10.6.216.13.2.293.10.2.216
Ti.iv. l.cùm dos 7. *ff. de pact.dotal.* 13.2.293
l.Attilicinus 17. 6.2.114

LIB. XXIV.

Ti.i.l.3.§.pen. ff. *de don. int. vir. & vx.*7.5.143
l.3.§.penult. 12.7.280

EX INFORTIAT.

Ti. iii. l.fructus 7.§. Papinianus.ff. *solut.matrim.* 10.2.215
l.sed etsi 21.1.7.20.7.7.150.8.1.160 9.1.189

l.si filiofam.25. §.1. 18.5.441
l.quæ dotis 33. 2.4.38
l.viro 39. 3.8.23
l.Caius 45. 14.2.323

LIB. XXVI.

Ti.vii.l.Tutor qui repertorium 7. §.si vſuras.ff. *de admin.& per. tut.* 20.1.481
l.cùm quęritur 16.ff. *de admin.& per. tut.* 2.9.50
l.inter 38. 10.6.227.
Ti.viii.l.1.ff. *de auth.tut.* 6.6.128
Ti.x.l.quia ſatiſdatio 6. 4.1.75

LIB. XXVII.

Ti.vii.l.Græcè 8.§.fideiuſſor. ff. *de fideiuſſ.* 1.9.26
l.ſi Titius 48. 7.5.144
l.Paulus reſpondit 59.9.3. 193.9.4. 194.196.10.3.217
Ti.ix.l. penult. ff. *de reb.eor.qui ſub tutel.* 8.5.172
l.vlt. 13.9.316. 14.4.325

LIB. XXVIII.

Ti.i.l.3.ff. *qui teſtam.fac.poſſ.* 12.4. 271
l.ſi filius 7. 13.3.294
Ti.ii.l. in ſuis 11. ff. *de lib. & poſth.* 5.4.98.2.10.54.56.13.1.288
l.Gallus 29.§.1. 1.1.2
§.in omnibus 14.10.346
l.inter cætera 30. 13.1.288.14.6.332
Ti. iii.l.verum 8. §. 1. ff. *de iniuſt. rup.& irrit.fact.teſt.* 13.1.289
l.nam etſi 15. 13.7.311
l.filio præterito 17. 13.3.295
Ti.v. l.nam hoc modo 11. ff. *de hered.vel act.vend.* 8.8.181
l.ſi & rem 22. 8.4.171
l. non minus 31.§.1. 2.3.34
l.ex facto 35. 15.5.362
l.in tempus 62. 13.5.303
l.ſi quis ita 74. 15.7.368
l.ei qui ſoluendo 88. 3.1.58. 11.3.244
Ti.vi.l.ſi filius 12.ff. *de vulg.& pup. ſubſtit.* 3.1.59
l.centurio 15. 11,3.243
l.coheredi 41.§.cùm filiæ 11.3.245 12.8.284
§.vlt. 15.5.10.363.378
Ti.vii.l.vlt.ff. *de cond inſt.* 10.4.222
l.Si Titius 16. 15.7.371
Ti.viii.l.2.ff. *de inr.delib.* 3.8.71
l.Ariſto.5.§.1. 3.2.60
l.ſi quis ſuus 8. 3.6.65
Ti. x. l. conſilio 7.§.vlt. ff. *de curat. fur.* 17.8.425

LIB. XXVIII.

Ti.i.l.3.ff. *de teſtam.milit.* 1.1.2
Ti.ii.l.pro herede 20. ff. *de adquir. hered.* 5.5.100
l.ſi quis 21. 2.6.45.3.6.64
l.ſi is ad quem 2.7.47.3.4.63
l. neceſſariis 57. 2.10.54.59.3.4.62. 63.65.7.3.1.1.56.58
l.ſeruus communis 67. 15.4.358
l.ventre 84. 12.6.278
l.gerit 88. 5,5,100,2,6,43
l. per procurator.90. 2,10,53
§.1. 14,3,325
Ti. iv.l.1.§.qui ſunt in poteſtate ff. *ſi quis om.cau.teſtam.* 2.10.53.58.60. 62.68
l.quamuis 14. 11,10,264
Ti.vii. l. conficiuntur 8. ff. *de iure codicill.* 14,3,326,11,8,258
l.illud enim 13,§.tractari 1,1,2

LIB. XXX.

Ti.i.l.legata inutiliter 19,ff. *de legat.* 1. 12,8,283
l.ſi quis bonorum 23. 10,2,239
l.nemo poteſt 55,12,4,273,13,4,299. 15,7,366,350
l.huiuſmodi 84, §. qui ſeruũ 9,1,189
l.ſi fundum 92,§.vlt. 11,8,258, 5,5,172
l. quod fideicommiſſum 93, 11, 8,258
l.ſi ita ſcriptum 45,§.ſi ſub condicione 12,3,270

LIB. XXXI.

Ti.i.l.vnum ex familia 67. ff. *de legat.* 2. 13,7,311

Digitized by Google

l.vnum ex familia 76. §.si omissa 14. 8.341
l.cùm propter 77. §.si Titio 11. 7.255
l.qui solidum 78.§. 12.1.267
l.legatum 80. 11.2.240.14.6.335
l.Titia Scio 87. §.vsuras 17.6.421
l.Lucius 88.§. vlt. 1.1.2

LIB. XXXIII.

TI. I. l. cum qui *ff. de ann. legat.* 13.4 297
TI.II.l.si vsusfructus 8.*ff.de vsuf. legat.* 9.10.210
TI. X. l.Labeo.§. Seruius *ff. de supp. leg.* 2.10.33

LIB. XXXIV.

TI.I.l.cùm vnus.§. verbis fideicommissi.*ff.de alim.& cib.legat.* 11.2. 242
TI.III.l.Aurelius 29.§. Titius.*ff. de liber.leg.* 13.6.306

LIB. XXXV.

TIT. I. l. dies 75.*ff.de condic.& demonst.* 13.4.298
l.cùm anus 102. 1.1.2
TI. II. l.in falcidia 9. *ff. ad leg. Falcid.* 11.3.243
l.pater filiam 14. 13.2 292
l.quod bonis 15. §.12.4.273. §. fructus 11.4.246.11.6.248
l.cùm emptor 48. 2.4.38
l.cum quo 56.§.vlt.13.4.297.14.5.330
l.precia rerum 63. 8.5.172.10.9.232
l.computationi 68. 9.10.210
l.in quantitate 73. 12.1.265
l.in quartam 91. 11.6.249.257
l.alienus 8.7.179

LIB. XXXVI.

TI.I.l.I. §.inde Neratius.*ff. ad S. C. Treb.* 11.10.264
l.2.& 3. 14.7.252
l.quia poterat 4. 2.6.45
l. si patroni 51. §. qui fideicommissa 11.7.255
l.ille à quo 13.§.si de testamento 3.7. 66.11.7.256
l.in fideicommissaria 18. 11. 4.245.11. 7.253.255.11.3. 243. 14.10.349
l.debitor 19.ad fin.princip.14.9.344. 341.15.1.350
l.mulier quæ duobus 22.§. si heres 11. 4.246
l.cùm proponeretur 20.2.483
l.5.quis priore 29. 15.7.368.372
l. si legatus 30.§.multum interest 11. 10.264
l.Imperator 50. 13.8.314
l.Lucius 78.§.vlt. 8.10 185
l.debitor 2.4.38
TI.III.l.4 *ff. vt legator.* 11.10.262

LIB. XXXVII.

TI.IV.l.illud 4.§.ad testamenta *ff de bon.poss.contr.tab.* 6.7.127
l.4.§.vlt. 2.7.47
l.non putauit §. non quæuis 14.7.337
l.si duobus 14. 13.1.290
l.quod vulgo 19. 11.7.253.13.9. 295
TI.I.l.I.*ff. de bon.poss.* 15.9.376
l.sed cum patrono 7. 15.4.357
TI.VI.l.I.§.sed etsi tantum.ff.*de coll. bonor.*8.4.171.§.vlt. 12.8.281
TI. VIII.l.I. §. si pater emancipatus *ff.de conju.cum emanc.lib.* 12.8.281

LIB. XXXVIII.

TI.I.l. Cerdonem 42. ff. *de oper. liber.* 12.4.271
TI.II.l.si patronus 12.§.vlt.ff.*de bon. liber.* 13.1.289
l.libertus 36. 2.4.38
TI.V.l.I.§. sed si emerit 13. ff. *si quid in fraud.patr.* 8.9.185. §. sed si rem 8.7.178.
§.si quis in fraudem 7.7.148.149
TI.IX.l.I.§. sed videndum.ff. *de succes.edict.* 3.8.68.70
TI.XVI.l.I. §. sciendum ff. *de fun & legit.*

Digitized by Google

legit. 3.8.67.3.3.61
l.in suis 14. 2.10.54.57

EX DIGESTI NOVI LIB. XXXIX.

TI.II.l.I. §. duas ff.*de damn. infect.* 10.6.227
l.si finita 15.§.Iulianus 10.6.226
TI.V.l.Conari 29.§.donationem. ff. *de donat.* 12.1.267.12.4.271
TI.VI.l.tam is 25.§.si filiusfam. ff. *de mort.cauſ.donat.* 13.3.296
l.Seia 42. 9.2.190

LIB. XL.

TI. IV. l. qui duos 18.§.1.ff.*de manu. teſtam.* 12.6.278
l. Stichus 39. 14.1.320
TI.V.l.generaliter 24. §. si quis seruo. ff.*de fideicom.libert.* 5.9. 10.6.§. ex teſtamento 1.1.2
l. cùm quasi 30. §. sed etsi seruus 3.2. 60.62.3.6.65.68.3.1.58
TI.VII.l.non videtur 36. ff. *de ſtatu. lib.* 9.3.193
TI.IX.l.proſpexit.9.ff.*qui & à quib.* 10.5.223.2.5.42
l.si quis habens 25. 5.9.106

LIB. XLI.

TI.I.l.adeo quidem 7.§.voluntas. ff. *de adquir.rer. domin.* 2.2.32
l.in agris 16. 14.4.328
l.nunquam nuda 20.6.5.122.15.6.364
l.hereditas 34. 2.3.34.3.2.60
l.quæsitum 40. 11.2.240
l.bonæ fidei 48. 6.6.124.12.1.260
l.quædam 62. 5.7.104
TI.II.l.3.§.ex contrario ff.*de acquir. poſſeſſ.* 4.3.78
l.si quis antè conduxit 10. 4.10.90
l.naturaliter 12.§. nihil commune 4. 6.84
l.quod meo 17. 1.4.12.4.4.80.4.10.89
l.qui bona fide 19. 4.4.80
l.quod meo 19. 10.6.226
l.non videtur 22. 5.2.95
l.cùm heredes 23. 5.4.98
l.si colonus 31. 7.2.75.76
l.qui abſenti 38.§.1. 4.8.86
l.si de eo fundo 40.§.1.4.2. 75.5.2.95
l.prædia 5.6.102
l.vlt. 3.7.67
TI.III.l.3.ff.*de vſucap.* 10.6.226
l.sine poſſeſsione 25. 5.4.99
TI.IV.l.miſſo 12.ff.*pro empt.* 10.10.235

LIB. XLII.

TI. I. l. si Calendis 10. ff. *de re iud.* 1.2.8
l.si Calendis 11. 16.4.389.393.394.11. 6.420.429.430
l.à Diuo Pio 15.§.1.4. 10.90.1.6.18.1. 1.5.10.10.235
l. ex contractu 44. 3.5.64
l.iudex poſteaquam 55. 18.4.438. 18.6.419
TI.II.l.1.ff. *de confeſſ.* 1.6.18
TI.IV.l.apud Iulian.3.ff.*quib.ex cau. in poſſ.eat.* 1.4.11
TI.V.l.cùm vnus 12. ff. *de reb. auth. iud.poſſid.* 1.4.13
l.priuilegia 42. 1.1.2
TI.VI.l.1.ff.*de ſeparat.* 2.1. 31.32. 33. §.vlt. 3.1.59
l.3. 5.7.103
l.debitor 1.1.4
TI. VII. l.I. & 2. ff.*de curat.bon.dan.* 3.2.60
TI.VIII.l.etsi 18.ff. *quæ in fraud. cre.* 6.2.116
l.pupillus 24. 1.1.4

LIB. XLIII.

TI.IV.l. 1.§. hæc verba ff.*ne vis fiat ei qui in poſſ.* 10.6.227
TI. VI.l. 2.§.antepen.ff.*ne quid in loco pub.* 7.6.146
TI.XIX.l.2.ff.*de itin.actuq.priu.* 13.5.303
TIT.XXIV. l.1. §. vlt. ff. *quod vi aut clam.* 6.5.122

l. ſemper. 15. §. ſed quod interfuit 18. 7. 447
TI. XXX. l. 1. §. vlt. *ff. de lib. exhib.* 13. 1. 289

LIB. XLIV.

TI. II. l. euidenter 16. *ff. de except. rei iud.* 16. 10. 404
l. penul. §. vlt. 10. 3. 219
TI. III. l. 1. *ff. de diuerſ. & temp. præſcrip.* 3. 9. 72
TI. IV. l. 2. §. circa *ff. de dol. mal. except.* 13. 7. 311. 1. 7. 20. 1. 7. 22
TI. VII. l. cùm quis 23. *ff. de oblig. & action.* 16. 6. 395
l. non figura 38. 1. 2. 7
l. Arrianus 41. 3. 7. 67
l. obligationum ferè 44. §. placet 3. 8 69

LIB. XLV.

TI. I. l. 15. cui bonis 6. *ff. de verb. obli.* 6. 9. 130
l. ſi ex legati 23. 16. 8. 400. 17. 6. 419. 425
l. ſi quis cum aliter 35. 7. 10. 157. 159. 7. 3. 137. 1. 7. 19. 20. 22. 23. 8. 10. 187
l. ſtipulatio iſta 38. §. alter. 3. 7. 66
l. dominus 39. 12. 9. 285
l. eum qui 41. §. 1. 16. 4. 389
l. qui hoc anno 42. 16. 4. 391
l. quoties 59. 16. 5. 391. 17. 1. 407
l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. 13 4. 271
l. vbi autem 75. 8. 8. 181. 8. 10. 186
l. ſi filiusfam. 76. 16. 4. 220
l. eum ſtipulati 90. 11. 1. 237
l. ſi ſeruum 91. §. ſequatur 87. 1. 10. 4 408. 425
l. quicquid 99. 8. 1. 162
l. quidquid adſtringendæ 98. 7. 6. 146
l. puberes 101. 6. 9. 130. 11. 2. 241
l. ſi pupillus 127. 6. 9. 130
l. continuus 137. §. illud 1. 4. 11
l. ſi fundum certo die 1. 2. 8
l. ſtipulatio iſta. §. alteri 1. 2. 8
TI. III. l. Paulus notat, 8. *ff. de ſtipul. ſerv.* 2. 5. 40. 41

LIB. XLVI.

TI. II. l. quoties 14. §. 1. *ff. de nouat.* 12. 3. 270. 14. 10. 347
l. doli 19. §. diuerſum 7. 2. 136. 1. 1. 6
l. emptor. 27 11. 1. 237
l. fundum Cornelianũ 28. 6. 397. 400
TIT. III. l. pupillo 15. *ff. de ſolut.* 11. 2. 242
l. ſub conditione 16. 12. 5. 275. 13. 1. 290
l. fundum Cornelianum 28. 16. 4. 389
l. ſi quis aliam 46. 7. 10 118
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. *aditio* 2. 4. 37
l. quod dicimus 105. 16. 5. 393
TI. V. l. vlt. *de præt. ſtipul.* 1. 2 8
TI. VIII. l. cum enim 5. *ff. rat. rem. hab.* 1. 2. 8
l. quis enim 12. §. Iulianus alt 5. 2. 95
l. amplius 15. 1. 6. 2. 386. 387
l. non tantum 2. 10. 53

LIB. XLVII.

TI. I. l. 2. §. quæſitum. *ff. de priuat. delict.* 17. 1. 408. 17. 2. 409 413
TI. II. l. ſi ſeruus 63. §. locaui. D. *de furt.* 1. 1. 5
l. ſi ſeruus 64. §. locaui 6. 6. 124
l. hereditariæ 68. 2. 6. 46. 3. 3. 61
l. ſi is cui 71. §. 1. 8. 8. 183
TI. XVIII. l. 1. *ff. de expil. hared.* 3. 3. 60

LIB. XLVIII.

TI. IV. l. ſic eueniet 21. *ff. ad leg. Iul. de adult.* 6. 7. 128
TI. XX. l. vlt. *ff. de bon. damnat.* 12. 5. 277. 14. 6. 343

LIB. XLIX.

TI. I. l. ſi perluſorio 14. §. 1. *ff. de appel.* 2. 10. 55
TI. XIV. l. ſi cui mihi 28. *ff. de iur. fiſci.* 5. 9. 109
l. auſertur. 46. §. fiſcus 5. 9. 108
l. Moſchis 47. 5. 9. 107. 112
l. ſi is qui 4. 8 87
TI. V. l. ab his oneribus 10. §. auctis. *ff. de vac. & exenſ. muner.* 13. 4. 301

LIB. L.

TI. x.l.ſi legatum 5 *ff.de oper.pub.*10.1.212
TI. xi.l. ſepticia 10. *ff. de pollicit.*10.1.212
TI. xvi. l. hæc verba 23. *ff. de ver. ſignifi.* 7.6.146.
l.verbis legis 120. 13.2.292
l.lege obuenire 130. 12.4.271
l.delata 151. 13.1.288,15.6.366
l.vlt.in fine 7.6.145
Tit. xvii.l.quatenus 24.*ff.de reg.iur.* 18.6.441.
l.neque pignus 35.6.5.122,1.1.5
l.cuius per errorem 53. 13.4.298
l.quo tutela 73. 6.7.127
l.mora 88. 16.4.391
l.fauorabiliores 125 3.7.67
l.non vt ex pluribus 151. 3.1.56
l.in condemnatione 173.§.eũ & verbum. 7.6.145
l.qui non facit 4.5.82

EX CODICIS IVSTIN.
LIB. I.

TI.ii. Auth. ſi qua mulier *Cod. de ſacroſ.eccleſ.* 12.5.276
Auth.ingreſſi 12.5.277
TI. xiv.*Cod.de legibus.* 12.7.229
l.non dubium 13.6.307,12.7.280.

LIB. II.

TI.iii.l.i *Cod.de pactis* 14.5.331
l.debitori 7. 2.4.57
l.licet 19. 14.1.320
l.traditionibus 20. 6.6.125
l.cum proponas 21. 8.1.162
l.debitorum 35. 1.6.16
l.pactũ quod dotali 14.1.31.9,12.3.269
l.penult. 5.6.101 7.8.151
l.vlt. 13.10.317,318.14.2.324,13.6.309. 13.3.269
TI.iv.l.2.*Cod.de Tranſ.* 8.10.186.
l.cum mota 6. 1.2.8
l.de fideicõmiſſo 11. 13.5.302,8.10.186
l.cauſſas 16. 8.10.186
l.non minorem 26. 8.10.187
l cum donationis 34. 12.4.271
TI.v.l.vnica *Cod.de errore calcul.*8.10 187
TI. xx.l.3.& 4. *Cod.de his quæ vi metúſve.* 8.1.161
TI. xxi.l.i.*Cod.de dolo.* 7.10.159,9.3. 191.9.4.194.196,10.3.217
l.ſi ſuperſtiti 5. 13.5.309.1.7.21.22,8. 16.187
l.doluin 6. 8.1.161
TI. xxii.l.ſi curatorem habés 3. *Cod. do in integ.reſt.* 6.9.129
l.bonæ fidei 48. 7.6.144
l.vlt. 6.8.120.2.6.43
TI xxviii.Auth.ſacramenta puberũ *Cod.ſi aduerſ.vend.* 13.7.312,6.9. 130
TI. xxxii.l.i.*Cod.ſi aduerſ.tranſ.* 8.1, 164.8.2.166
TI. xxxiv.i.vnica.*cod.ſi aduerſ.dot.*8. 6.175
TI. xliii.l. vlt. c. *qui & aduerſus quos in integ.reſti.non poſſ.* 13.6.310
TI. xlvi.l.vlt.c.*ſi maior factus.* 138. 313
TI. xlvii.l.2. *cod. vbi & apud quem cog.in integr.reſt.agit.ſit.* 7.5.142
TI. liii.l.vlt.*cod.de temp.in integr. reſtitut.* 7.7.147
TI. liv.l.3.*cod.quib.ex cauſ.maior.* 8. 8.180

LIB. III.

TI.iii.l.2.*cod de pedan. iud.c.* 10.10. 234.17.2.409
TI. xiii.l.2.*cod.de iuriſ.om.iud.* 7.5. 142.6.10.131
TI. xix.l.i.in fine,*cod.vbi in rem actio* 6.10.130
l.vlt. 6.10,131
TI. xxviii.l.3. *cod.de inoff.teſtam.*14. 8.340
l.cum quæritur 6. 15.4.298,11. 7.255
l.liberi 28 14.7.337
l.quoniam nouella 29. 12.2.268
l.omnimodo 30. 4.328.13.8.314.14. 7.337,14.8.339

l.quoniam in prioribus 32. 11.7.252, 20.2.483, 14.8.340. 15.1.350.353.355. 15.9.376.12.10.285.286
l.si quando 35. §. generaliter *Cod. de inof. testam.* 14.9.343.12.5.274
l.scimus 36. §. repletionem 15.2.353.14.5.319.14.10.345.12.1.269
Auth. Nouissima 14.6.332
Ti. xxix. l.1. *Cod. de inoff. donat.* 13.4.298
Ti. xxxi. l.hereditatis 3. *Cod. de petit. hæred.* 3.8.69
Ti. xxxii. l.quoties 15. *Cod. de rei vindic.* 6.6.124
l.dolo 13.2.293
l.vlt. 6.5.123
Ti. xxxiii. l.inter filios 11. *cod. famil. erciſc.* 8.1.160
l.vlt. 15.2.355
Ti. xxxvii. l. penult. *cod. comm. diuidund.* 8.1.164
Ti. xxxviii. l.1. *cod. com. vtriuſ. iudic.* 7.10.158.8.1.169
l.maioribus 3. 7.10.158.159.8.2.167.7.7.148.8.6.174.178
l.si inter 8. 8.9.184.8.6.176.77.8.2.167
l.familiæ 9. 8.4.172

LIB. IV.

Ti.1. l.2. *cod. de reb. cred.* 2.5.42
Ti.11. l.si pro mutua. c. *si cert. pet.* 10.1.212.214
Ti. x. l. bonam fidem 4. *Cod. de oblig. & action.* 122. 9.1.188
l.sicut 4. 6.6.125.
Ti. xii. l. *cod. plus valere quod agitur* 9. 9.207
Ti. xix. l. iubemus 21. *Cod. ad S. C. Velleian.* 7.8.152.6.2.116
Ti. xx. l. cùm vltra. 6. *cod. de nō nu. pec.* 1.2.7
l.vlt. 12.7.280.7.8.152.13.10.318
Ti. xxii. l.2. *cod. de vſur.* 11. 1.236
l.3. 1.2.6.7.8.8.182
l. in bonæ fidei 13. 16.10.404
l.si ea pactione 14.9.167.199.9.5.9.208.8.8.182
l.si ea lege 17. 8.8.180
l.oleo 23. 9.5.198
l.eos 26. 10.1.218
l.vlt. 20.1.480
Ti. xxv. l. ad comparandas 16. *cod. mandat.* 9.3.193
Ti. xliv. l.2. *cod. de reſcind. vendit.* 7.8.151.7.10.156.157.58.8.1.159.7.7.147.151.7.3.138.1.5.15.1.71.19.20.22.13.6.306.
l. ad reſcindendam 4. c. *de reſc. vend.* 1. 7.20.21
l.si dolo 5. 10.9.233
l.si voluntas 8 13.5.302.8.10.186.10.7.231.10.9.233.7.10.158.7.9.154.8.9.183.1.7.22.8.1.160
l.Dolus. 10 9.3.191.7.7.151.7.3.131.8.2.167.
l.ea conditione 14. 9.7.205
l.si quos 16. 10.7.218.10.9.233.1.10.27.8.7.178
Ti. xlvii. l.2 *cod. ſine cenſu vel reliquis* 8.7.178
Ti. xlix. l. ſi traditio 4. cod. *de act. empt.* 18. 18.8.450
l.curabit 5. 11.1.236
l.fundi 17. 11.3.244
Ti. liv. l.2. *cod. de pact. int. empt. & vendit.* 10.2.214
l.2. 9.9.206
l.initio 5. 11.1.236.239
Ti. lxv. l. viam veritatis 4. *cod. de locat.* 6.6.125
l.emptorem. 5. 6.4.119.6.4.124
l.si quis conductionis 6.5.122

LIB. V.

Ti. iii. l. quod ſponſæ 4. *cod. de don. ant. nupt.* 14.5.303
Tit. ix. Auth. Ex teſtamento. 14.3.326.14.4.327
Ti. xi. l. vlt. *cod. de dot promiſſ.* 13.4.268
Tit. xii l.ſi genero 25. *cod. de iur. dot.* 14.2.323.

l. in re-

in rebus 30. 3.9.71
§.omnis autem 3.8.69
Ti.xiii. l. v. 1. cod. *de rei vxor. act.* 6. 2.114.1.1.45.
Auth.Sed quominus 13.5.304
Ti.xiv.hæreditas 5. cod. *de pact. conuent.* 14.5.331
l.vlt. 6.1.113
Ti. xvi. l.donationes quas parentes 25.cod.*de don.int.vir. & vxor.* 13.8. 314
Ti. xviii.l.dos à patre cod. *sol.matri.* 20.2.483.13.5.305
l.si circum scripta 6. 8.6.174 176
Ti.xxxv. Auth.matri & auiæ cod. *quando mul. tut. off. sunt.posß.* 7.8. 152
Ti.lxx.l.vlt. cod. *de curat.fur.* 3.4. 63
l.2, cod. *qui admitti ad bon. poss. poss.* 3.8.74

LIB. VI.

Ti.ix.l.vlt.cod. *qui admitti. ad bonor. poss.* 2.10.54
Ti.x.l. vnic. cod.*quand. non pet.pat.* 15.4.357
Ti. xx. l. 3. codic. *de collat.* 12. 4. 273.
Auth.Ex testamento 13.42.293
Ti. x xii.l.errore *Cod.de testam.* l. li.
Ti.xxiv. l.quoties 13. *C. de hæred.inst.* 15.7.370.15.5.361.15.8.374.378
Ti.xxviii. Auth. Ex causſa *Cod. de lib. præter.* 15.5.362
Ti.xxx.l.2.*Cod.de iur.deliber.* 3.6. 65
l.licet 8. 3.8.70
l.sicut 8 3.1.58
l.puberem 12. 2,10.54
l.cretionum 15. 5.5.100
l.si infanti 18. 3.4.63
l.vlt. 5.3.97.2.2.31.2.3.34
§.sin autem. 2.5.39
Ti. xxxi. l. sicut *C. de repud. vel abst. hæred.* 3.6.64.
l.vlt. 3.6.6
Ti.xxxiii. l.vlt. *C.de edic.Diui Hadr. toll.* 15.5.362
Ti.xxxvi.l.4.cod.*de codicill.* 15.14 226
Ti.xl.ii.l.ab eo 9.cod.*de fideicom.* 11. 8.258
l.ea quam 14. 13.4.299.15.6. 365
Auth.hoc amplius 12 5.276
Ti.xliii.l.2.cod.*comm.de legat.* 11.3. 242.
Auth.Res quæ 5.20.2.481.484
l.vlt.§.sin autem sub conditione 2.9. 72
Ti.xlix.l.2.*Cod.ad S.C.Trebell.*11.10. 261
l.iubemus 6. 20.2.482.11.5. 246
Auth.contra cùm rogatus 5.1.159
Ti.t. l.l.in imponenda 6. *Cod.ad leg. Falcid.* 2.3.35
l.iritum.8. 2,4,37,38
l.quanquam 10. 11.6.250,11.7.252.
l.quanquam 10. 11.6.250,11.7.252
Ti.liv.l.3.*Cod.vt in poss.legat.* 10.10. 235
Ti. lvi.l. omnem 6. cod.*ad S.c.Tertyllia.* 12.1.266
Auth.defuncto 15.4.359
Ti.lviii.l.1.c.*de vsur.pupil.* 10.1.213
Ti. lviii.l. sciant 10. cod.*de legit.hæred.*12.6.279
Ti.lx.l.1.in fine cod. *de bon. matern.* 3.9.71
Auth.nisi tricennale 3.8.69.13.8. 314
l.vlt.§.sin autem. 3.3.61.

LIB. VII.

Ti.iv. l.vlt. cod.*de fideic.liber.*17,6. 419.16.7.399
Ti.xix.l.vlt.cod.*de ord.cognit.* 15.1. 331
Ti.xxv.l.vnic. cod.*de nud.iur.Quirit.* 10.6.226
Ti t.xxvii.l.vlt. cod.*de acquir.poss.* 4,6,82,83,84,86,91,94,4,2.75

Ti. x x xiv. l. penult. *cod. in quib. cauſs. ceſs. long. temp. præſ.* 3.8.69 70
Ti. x xxix. l. 1. *cod. de præſ.* 30. *vel* 40. *annor.* 10.7.228.10.9.233
l. ſicut 3.3.8.69.70.7.7.147.14.8.340
l. omnes 7.8.152
Ti. xl. l. 1. *cod. de anna. except.* 3.9.71.
l. 2. 1.1.4
Ti. 1. 1. l. 2. c. *de fruct. & lit. expen.* 12.1. 266
l. terminato 3 18.4.439
Ti. l iv. l. 3. *cod. de vſur. rei iudic.* 10.1. 213
l. vlt. 16.10.404,20.1.481
Ti. l x xii. l. pro debito 7. *cod. de bon. auth. iud. poſſid.* 1.4.13
Ti. l x xv. l. 1. *cod. de Reuocãd. his quæ in fraud. credit.* 5.9.108

LIB. VIII

Ti. iv. l. in interdicto 6. *cod. vnde vi.* 7.3.138
l. ſi quando 18,6.445.453.17.5.417
Ti. x. l. ſi vt proponis 4. *cod. de ædif. priu.* 10.1.213
Ti. iv. l. 2. *cod. de pignor.* 6.2.216,217
l. diſtractis 14. 5.9.108
l. perſecutione 24. 5.9.108
Auth. hoc ſi debitor 4.3.77
Ti. xvii. l. vlt. *cod. quæ res pignor.* 1. 1.2.4.8,86
Ti. xviii. l. 1. *D. & cod. qui pot. in pig. hab.* 1.1.2.1.5.15
l. 2 6,1,113
l. ſi fundum 4. 6.1.113
l. aſſiduis 12. 1.4,13.1.1,5
l. Scripturas 14. 1.1.37.1.3,11
Auth. item poſſeſſor 1.1.4
Ti. x xii. l. 2. *cod. de prætor. pignor.* 10. 10.235
Ti. xxvi. l. 3. *cod. de remiſ. pignor.* 1.6,16
l. ſi eo tempore 6.5.3.98,1.6.17.19
l. creditricem 1.3,10
l. ſi hypothecas 8 5.3.98, 1.16.17
Ti. x xviii. l. 4. *Cod. de diſtract. pignor.* 1.5.14,1.8,23.24,1.5.16
l. ſi eo tempore 6. 1.8.25
l. ſi ceſſante 7. 1.5,15
l. quæ ſpecialiter 5.9.3,97
l. & qui ſub imagine 10. 1.5,15
l. ſi in hoc 14. 1.6 181,5.3,97
l. qui à creditore 18.1.5.14
Ti. x x xvi. l. aduerſus 1. *cod. de exceptiõn.* 9.2.190.8,1.162. 163
Ti. x x xviii. l. 1. *cod. de contr. & comm. ſtip.* 1.2.6
l. neque tutoris 7. 6.9,130
l. magnam 16.3.388,1.2,8.
Ti. x l i. Auth. præſente. *cod. de fideiuſ.* 5.7.103
Ti. x l ii. l. penult. *cod. de nouat.* 5.10. 112
Ti. x l iii. l. penult. *cod. de ſolut.* 10.2. 216,13.4.300
Ti. x l v. l. ſi ob cauſam 13. *c. de euict.* i. 10. 26. 27, 1. 5. 14, 8. 2. 167,10.6.226
l. ſi poſt perfectam 8.8.182
l. penult. 8.2,165
Ti. l iii. l. 2. *cod. quæ ſit longa conſuet.* 14.1.321
l. quiſquis. *Cod. ad leg. Iul. maieſt.* 12.55 277

EX INSTITVTIONIBVS.

§. ſi duorum *Inſtit. de rer. diuiſ.* 2,2.32.
§. venditæ 6.6.124
§. 1. *Inſtit. de exhæred. liber.* 13,2. 292
§. vlt. *Inſtit. de hæred. qual. & differ.* 3.1. 56,2.3.36
§. ſi quis vna *Inſt. de fideicom. hæred.* 11. 10.264,15.10,379
§. ſed quia *Inſtit. de fideicom. hæred.* 11.10,263
§. placebat. *Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* 3.3,61
§. vlt. 14.1.319
§. quos autem. *Inſt. de bon. poſſeſſio.* 3,1. 58,2.10.54

§. ſi ſcri-

§.ſi ſcriptum. *Inſt. de inut. Stipulat.* 1.2. 7
§.1. *Inſtit. de liter. oblig.* ibid.
§.heres quoque *Inſt. de oblig. ex qua contr.* 2.2.32
§.ſed furti quidem *Inſtit. de action.* 1. 1.4
§.actionum 11.1,237
§.itaque 17.2,410
§.præterea 17.6.419.18,3.436,438.442
§.omnes autem 18,6,444
§.appellamus 16.9.402,7.7.150
§.commodum *Inſtit. de interd.* 4.2, 75.3.7.67
§.1. *Inſtit. de inoff. iudic.* 18.4,438

EX NOVELLIS.

Nouuell.1. *de hered. & Falcid.* 2.3. 36.2.37.39. cap. 2.11.6.248.
Nouu.4. *de fideiuſſ.* 1.1.2
Nouu. *de Trient. & Semiſ.* 14.5. 329.331.332. 15.4.358
Nouu.83 10.1.211.212.
Nouu.99. *de duobus reis* 1.1.2
Nouu.108.cap.1. 8.1.159.
Nou. 115. *vt cum de appel. §. aliud quoque capitulum* 13.1.288.14.5. 329
Nouu.136 10.1.21
Nouu.118. *de hered. ab inteſt. ven.* 6 7.127
Nouu.136. *de argent. contrah. §. inſuper* 1.1.2

EX IVRE CANONICO

EX DECRETO.

Can. redintegranda 3.9.1,5.82,7. 10.156
Can. animaduertendum 22.9.2.13,10. 318.

EX DECRETAL.

Cap. quemadmodum *ex. de iureiur.* 13.4.301.13. 6.315.
Ca. eâ te. & cap. intellecto *ex. de iureiur.* 14.4.329
Cap. 1. *ex. de paroch.* 8.2.165
Cap. ad noſtram *ex de pignor.* 9.9. 207
Cap. illo nos *ibid.*
Cap. cùm inter *de renunciat.* 14.4. 328
Cap. Rainutius & Rainaldus *ex. de teſtam.* 11.5.246. 11. 7. 252. 20. 2. 482. 483
Cap. conſtitutus *de in integ. reſt. in 6.* 7.6.146

EX SEXTO.

Cap. 2. *de pact. in 6.* 13.6.306
Cap. quamuis pactum *de pact. in 6.* 14. 10. 346. 12. 4. 274. 297. 12.1.265. 12.3.269
Extrauag. Regimin. 9.7.205

INDEX AVTHORVM QVORVM OPINIONES VEL RECENSENTVR, *vel refutantur.*

A

ACCVRSIVS 8. 1. 159. 19.3. 192. 9.8.205. 9.5.197. 10.1. 213. 11.2.240. 13. 2. 292. 293. 294. 15.7. 370. 16. 7. 393. 398. 17.1. 408. 409. 417. 421. 427. 18. 4. 439. 444
Alexand. conſ. 33. num. 4. volum. 4. 12.2.368
Angel. conſ. 105. 12. 6. 278.
Ariſtoteles 11.1.237

Aſo 9,3,192,17,5,417.

B

Baldus 8,10,186.12,3,269,12,8,281,13,5,303,15,7,374
Bald.conſ.21.volum.1, 13,10,318. conſ.140,vol.1, 12,6,279
Bartolus 7,2,136,8,10,186,187,588,9,5,197,11,2,240,12,3,269,13,5,303,13,7,312,15,4,357,358,15,5,361,362,15,7,367,368,370.371,372,378,16,5,393,394,398,16,10,404,16,6,418,419,420,423,425,427.14,5,329,4,8,340,18,2,434.444.
Bart.in l.ſi de eo 40, §.1, *ff. de acquir. poſſ.* 4,9,88. ad l.1.*ff. vti poſſidet.* 4,6,83. ad Nouu. *vt liceat mat.* 6,7,127. in l. qui Romæ 122. §. Flauius. *ff. de verb.oblig.* 13,10,317, in l. ſi quis in princip. *ff. de leg.*3, 13,10,318. in l. ſi vxor 13, §. diu. *ff. ad leg.Iuliade adulter.* 14,4,328. ad l.3,§.in hac. *ff.commod.* 17,1, 407. ad l. vlt. *ff. de condict. cauſ. dat.* 12,7,280. in l. Labeo. *ff. de iureiu.*14,4,328. Conſ. 53,11,3,242
Barbat.conſ.63.vol.3, 12,6,279
Benedict.in cap.Rainutius ex.de teſt. 12,6,278,14,1,320,14,4,328,330
Boer.quæſt.3,num.10. 12,5,274. Quæſt.182.num. 54. 1, 1,1. Deciſ. 3. & 62,13,5,305. Deciſ. 3,12,7,280. Deciſ.3,14,1,266. Deciſ-vlt.11,8,158.

C

Cacheran.deciſ.100, 14,320
Cappella Tholoſan. 12,4,271
Paul.de Caſtro 12,3,269,270
Paul.Caſtrenſ.conſ.51, 18,8,283 13,5,303,11,7,374. in l.errore.Cod. de teſtam.1,1,1. ad l. plane 34.§. ſi duobus.*ff.de leg.*10, 15,4,357
Cepolla in l. quod ſi nolit 31, §. quia aſſiduæ.de ædil.edict. 1,1,1
Clarus lib.3.ſentent.§. teſtamentum. q.42, verſ.item quæro 13,1,288. q. 43, 44, 45, 13,2,292,13,3,294, 295 296
Raphael Comenſis ad l. qui Romæ 122.in princ.*ff.de verb.obl.* 10.2,215
Corneus 13,9,310
Didac. Couarr. in cap. quamuis de pact.in 6, num.2, 14,1,14,319,325. in 3,part. relect. cap. quamuis de pact.in 6.§.3.num. 13,9,315.316
Couarr.3.part.relect.cap.quamuis de pact.in 6,num.6,§.4, 13,7,311
Crauet.conſ.127,num.5, 14,2,325. Conſ.139,num.10, 14,1,321
Iacob.Cuiacius 1,1,2,1,2,7,1,8,24,3,1,57,6,9,130,4,2,76.7,7,149,8,7,180,8,9,183,184,11,7,256,17,1,408,410,18,8,444. Tract. 8.ad Affric. in l.hominem 37.*ff.mand.* 17,2,411 in l.mercis 26,*ff. de verb.ſignific.* 16,1,383. Tract. 8, ad Affric. ibid. 384. Ad l.mercis 107,*ff. de verb. ſignif.* 16,7,397,398. Ad Tit. *de verb.obl.*16,5,394. lib. 3. obſeru. cap 17,& lib. 8, cap.16, 9,2,190. lib.3.obſer cap.37, 9,3,192,193. lib.5,obſ.cap.38,10,1,212. lib. 16,obſer. cap. 18, 8,7,178. lib. 17, obſer. cap. 8, 6, 173,174,177. lib. 18.obſ.cap.3,11,1,238. in poſter. obſeruat. 6,1,113

D

Decius Conſ. 184, 14, 1, 321. Conſ. 612, 13,5,303,305. in l. hereditas num.8.*ff.de reg.iur.*14,3,315

G

Ant. Gabriel in commu. opin. lib.6. Tit.de Tutel.num.15, 12,6,279
Ant.Goueanus 10,6.227
Guid. Papa q. 82, 14, 8, 340. q. 228, 14,3,327. q. 295, & 598,13,1,287. q.296 11,10,261

H

Harmenopolus lib.1,tit.10, 8,10,187
Franc.Hotomanus 9,5,197. q.illuſtr. 16,16,5,397. q.illuſt.86, 16,1,383

I

Iaſon in l.errore.Cod.de teſtam. 1,1,1
Imbert. in Enchirid. 7,1,132,8,1,159, 8,1,165,9,1,189,190
Irnerius 14,6,332,20,2,482,484

L

Ioſephus Ludouicus in Deciſ. 9,10. 210

M

Ægydius Magiſter 5.9.106
Manutius 11.7.252
Marant.diſput.10.num.6. 14.4.327
Molineus 8.7.180.9,4.195.196,10.1.241.213.214. De vſuris num.205. 11,2.241

O

Oldrad.conſ.294. 14.3.327

P

Paul. lib. 2. ſentent. tit.14.§.2.10,1.212. lib.3.ſent.tit.8.§.3. 14.5.330
Paul.ſentent.Tit.de re iudic. 17.7.423

R

Ioan.Robertus in animaduerſion. 8.7.179
Romanus 13.9.316

S

Salicetus in Auth.nouiſſima c.*de inoff.teſtam.* 12.5.277
Socinus 13.9.316. conſ.67.num.43. lib.2.13,8.313
Anton.Sola in comment.ad Edict. *de alien.bon.min.* gloſſ.2.num.12. *ibid.*
Speculator 7.1.132

V

Theophilus 10.6.226
Theſaurus Deciſ. Pedemon. 8.14.6.332.Deciſ. Pedem. 48. num. 10. 14.1.320. Deciſ.225 p.320. Deciſ. Pedemont.159.num.2.12.5.274
Andreas Tiraquellus 3. S. 68. In tractatu *de iur.conſtit. poſſeſſorij* 4.3.77. in l.ſi vnquam. num.155. *Cod. de reuoc.donat.* 12.5.274

D

Vlpian.Tit.19.*ff.de acqui.rer.* 8.1.164

INDEX RERVM, VERBORVM AC SENTENTIARVM, QVÆ PASSIM HOC VOLVMINE CONTINENTVR.

Primus numerus Decadem, Secundus Errorem, Poſtremus verò paginam huius editionis denotat.

A

ABſtentio, nihil aliud eſt, niſi declaratio ſui heredis 3.4.62. *Eſt meri facti* 3.1.59. *Præſumi nunquam poteſt ibid.*
Abſurdum nil tam eſt quod ratione aliqua probabile fieri non poſſit 1.1.1
Acceſſiones frumenti vel hordei mutuo dati etiam ex nudo pacto præſtãdæ ſunt 1.2.7
Acquirere non dicitur qui diuidit 8.1.163
Acquiſitio fit ſola hominis voluntate 13.288
Acquiſitio hereditatis heredẽ obligat ex quaſi contractu creditoribus omnibus & legatariis 3.5.63
Actio de Dolo bonæ fidei iudiciis inest 9.3.191. *Competere non poteſt quoties actio alia, præſertim quæ bonæ fidei ſit competere poteſt. ibid. Eſtim perſonam, infamiámque irrogat* 1.7.22. *Exemplo datur ad Corrigendam empſionem* 1.7.20. *Ad exhibendũ eſt in perſonam* 2.7.30. *Non datur niſi contra eum qui ipſe poſſidet aut dolo deſiit poſſidere ibid. Finiam regũdorum licet in perſonam ſit tamẽ pro vindicatione eſt* 11.1.237 *In factum non infamat* 13.6.309. *Faviana datur patrono in eius fraudẽ alienatum eſt* 8.79.179. *Furti datur iis omnibus quorum intereſt* 2.6.46. *Hypothecaria contra quem detur* 4.4.80. *Eſt arbitraria* 18.3,436. *cumulari poteſt cum interdicto recuperandæ poſſeſſionis* 4.6.85
Interrogatoria dantur in eũ qui cõfitẽdo ſiue verũ ſiue falſum aut ne-

gando verum mentiendo se onerauit 2.10.55. Nascitur ex falsa & mendaci confessione ibid. Rerum amotarum differt à cõdictione furtiua 17.3.413. Ex stipulatu nascitur stipulatione interposita 8.1.162. Formatur per pactum 1.2.8. Ex testamẽto differt à cæteris bonæ fidei iudiciis 11.2.239

Actio nondum nata perimi non potest 3.9.72

Actionis causa actionem præcedere debet non sequi 1.8.23

Actionis de dolo & Exceptionis doli differentia 1.8.24

Actiones ad id cõparatæ sunt vt vnusquisque id quod sua interest cõsequatur siue petẽdo siue retinẽdo. 3.7.66.

Actiones arbitrio hodie sublatæ 18.5.440. *Personales perpetuæ sunt* 3.8.70. *Eæ sunt omnes quæ vel ex contractu, vel quasi, vel ex delicto vel quasi proficiscuntur* 6.10.131

Actus agentium non vltra eorum intẽtionem operari debet 23.5.304

Actionis vice fungitur reus in exceptionibus 19.1.456

Actore non probante an absolui debeat reus quamuis nec probet quidquam nec iuret 6.19.10.455

Adcrescendi ius an possit habere locum in legitima 15.4.4.358

Aditio cedit nonnunquam loco cõfusionis, nõnunquam etiam loco solutionis 2.4.38

Aditio hereditatis est animi potius quã facti 2.10.53

Adiudicationum vis ea & potestas est vt dominiũ statim trãsferatur in eũ cui facta est adiudicatio 8.1.164. *est vnus ex vi modis per quos adquiritur dominium iure Quiritium* 8.1.164

Aequalitas seruanda est in omnibus bonæ fidei iudiciis 8.5.173. *præsertim in diuisione inter fratres* 8.1.160

Aequitas æstimanda est ex publica, non huius aut illius hominis vtilitate 1.4.12

Aequitas Contractuũ æstimanda nõ ex euentu sed potius ex initio 8.8.181

Æstimatio facit emptionem 2.8.49. 8.6.173

Æstimatio rei dotalis vera vẽditio est ibid. *Rei non extantis nulla est* 17.6.420

Æstimatio certa iniri nequit Rei quæ non extat 9.5.199. *& incerti temporis* 16.5.392

Æstimari potest euẽtus dubius 8.10.186

Agere non potest is qui actionẽ sibi cõpetere ignorat 3.9.72. *Absens reipub. causa* ibid.

Agnitio chirographi nõ inducit obligationẽ 1.2.9. *neque pignus* ibid. 10

Alienã rem vendere quis potest 3.6.65

Anatocismus fit quoties vsura sorti cõiungitur, & in sortẽ redigitur vt nouas pariat vsuras 20.1.489

Antichresis tacita nõ inducitur nisi ex præsumpta contrahentium voluntate 9.6.201

Auxilium restitutionis extraordinarium est 7.7.147

B

Beneficiũ separationis quod 3.1.59

Beneficio legis indignus est, qui dolum admisit, & qui in legem ipsam peccauit 2.5.40

Bona debitoris vide Debitoris

Bona dicuntur à beando 3.3.61. *non dicuntur, nisi deducto ære alieno.* ibid. 11.10.262. *Non repræsentant personam defuncti* 3.3.61. *Sequuntur personã* 6.8.128. *Sunt quæ beant & quæ plus habent commodi quàm incommodi* 11.10.262

Bonorum possessionem accipere nihil aliud est quàm se gerere pro herede 2.10.54

Bonis omnibus obligatis etiã futura cõprehenduntur 8.1.2

Bonæ fidei est iudicium empti & venditi 8.1.160

Bonæ fidei possessor facit fructus suos, nõ tantum industriales sed etiam naturales 7.6.144

Causa

C.

Causa Actionis, actionem precedere debet non sequi 1.8.24. *possessionis facti est* 43.79

Certiorandus non est qui scit 1.6.17

Chyrographi agnitio aut denegatio non inducit obligationem 1.2.9

Chyrographorum creditorum priuilegia quomodo æstimentur, vide Creditor.

Clausula constituti adiicitur in contractibus præsertim pignoratitijs 1.2.2

Colluſio Fieri numquam poteſt ſine colludendi propoſito 1.8.23. *non Fit niſi inter plures dolo ex propoſito vtrimque concurrente* 1.8.24

Commodum Inuentarij duplex 2.3.34

Condictio pro denuntiatione 1.6.9

Condictio Furtiua eſt ſtricti iuris 17.2.410. *Triticaria competit ex omni cauſa & ad res omnes* 16.402.

Condictiones ex mutuo aut ex ſtipulatu ſunt ſtricti iuris 9.1.189

Condictiones omnes tam quæ ex lege ſunt quàm aliæ in perſonam ſunt non in rem 7.7.151.

Conditio quandocumque exiſtens retrorahitur ad tempus contractus 10.4.220

Conditionum ſpecies quot & quæ 10.4.224

Conductio rei ſuæ ſubſiſtere non poteſt 6.5.122

Conductio non aufert dominium locatori 1.1.5

Conductor quæcumque intulit in fundum vrbanum hoc ipſo ſunt tacitè obligata pro penſione 1.1.5

Conſtituti clauſula vide Clauſulam.

Conſuetudo ius eſt 5.5.100

Conſuetudinaria poſſeſſio non acquiritur animo aut facto vllo hæredis, ſed ſola conſuetudinis poteſtate 5.5.100

Contrahere non poteſt pupillus ſine tutoris authoritate 5.5.64

Contrahentibus licet naturaliter, id eſt naturali ratione, vt in pretio ſe decipiant 1.7.10

contractus perficiuntur duorum voluntate 11.2.241

contractus nullus Iureiurando confirmari non poteſt 13.7.312. *Emptionis non minus bonæ fidei eſt quàm venditionis vel dotis* 8.6.174 *eſt bonæ fidei* 7.7.149. *mutui eſt ſtricti iuris* 1.2.7. 17.9.428.

contractuum æquitas æſtimanda non ex euentu, ſed potius ex initio 88 181. *alij bonæ fidei, alij ſtricti iuris eſſe exiſtimantur.*

contrarium nihil tam iuri quàm error 11.7.252.

contumax verè habetur pro confeſſo 7.4.140. *& pro condemnato* 141

conuentio pignoris eſt facti, non iuris 9.9.209. *quæ nullo modo eſt, vt pro expreſſa habeatur fieri numquam poteſt* 1.1.3

conuentiones generales facilè admittũt interpretationẽ ex eo quod veriſimile eſt actum fuiſſe inter contrahentes 1.1.3.

corpora videri nõ poſſunt communia, poſteaquam per diuiſionem poſſeſſionis dominium quoque diuiſum eſt 8.1.162

Creditor aliud pro alio accipere non cogitur 5.7.104. *pignus vendere non poteſt, eiúſque dominium transferre in emptorem* 1.6.18

creditor chirographarius conuenire non poteſt debitoris ſui debitorem 5.10.112

creditoris pignoratitij & chirographarij differentia 1.1.2

creditorum pignoratitiorũ priuilegia æſtimantur ex ſolo tempore non ex cauſa 1.1.2. *chirographariorum priuilegia æſtimãtur non ex tempore, ſed ex cauſſa* 1.1.2

creſcere poſſunt obligationes interdũ ex poſtfacto 1.1.4

culpa lata dolo proxima 2.8.49

cumulatio Reſcindẽtis & Reſciſſoria admittitur 7.1.132

Curator Dari defuncto non potest 3.3. 60

D

DAmnum sentire quis non debet per alterius lucrum 7.10.158

Datio tutoris proficiscitur ex iure patriæ potestatis 3.10.73

Debitor tenetur de euictione, euicta re vendita 1.5.14

Debitoris bona citra expressam conuentionem obligata creditori non sunt, extra eas causas in quibus placuit contrahi tacitè pignus vel hypothecâ 1.1. 1.2.3

Deceptus non videtur qui iure communi vtitur 6.8.129

Decernere nihil aliud est quàm proposita dubitandi & deliberandi occasione in vtram partem statui quid debeat 10. 6.224

Decretum nullum est sine causæ cognitione 10.6.224

Defuncti personam representat hæres 5. 2.96

Defuncto curator dari non potest 3.3. 60

Delatio sit sola legis potestate 13.1. 288 *vt additionem præcedat necesse est* 15. 6.366

Depositum Contrahitur re sicut & mutuum 1.2.7. *Est ex iis causis in quibus re contrahitur obligatio personalis* 2.1. 30. *qui petit non tam alienam quàm suam propriam rem persequitur* 2.1. 29

Depositi iudicium est bonæ fidei 17. 9. 428

Deterioratio pertinet ad ipsius rei corpus & substantiam 16.8.400

Dies incerta pro conditione habetur 13. 4 298 *Quotes interpellet pro homine* 12 8 16.4.388

Differentiæ Actionis de DOLO *& Exceptionis doli* 1.8.24. *Conditionis furtiuæ & actionis rerum amotarum* 17.3. 412 *Creditoris pignoratitij & chirographarij* 1.1. 2. *Dotis & legitimæ* 12.2.268. *Exheredationis & Renuntiationis* 12. 8.282. *Fideicommissi vniuersalis & singularis* 11.3. 243. *Iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris* 16. 1. 383. *quod ad fructus & vsuras pertinet* 11.1.236.8.1.160. *In re debita per iusiurandum in litem æstimanda* 17.6. 417. *Pacti & Stipulationis* 1.2.8. *Permutationis & venditionis* 8.9. 184 *Pignoris prætorij & iudicialis* 10 10. 235 *Pignoris & Hypothecæ* 9 6.200. *Sui heredis & extranei in agnoscenda hæreditate* 3.6. 64 *Tutoris aut curatoris* 6. 8. 128. *Venditionis rei immobilis & locationis* 8.8. 181 *Venditionum publicarum & priuatarum* 10. 8. 231

Discussionis instantia quibus sit communis 2.1.29

DIuisio emptionis vicem obtinet 8.1. 159

DIuisiones perperam factæ intelliguntur, quæ malè, id est inæqualiter factæ sunt 8.1.163. *Fiunt etiam sine iudice* 8.1.164

DOlus emptoris æstimatur qualitate facti non quantitate pretij. 10.9.233. 1.7.20. *æstimandus est ex qualitate facti, non ex quantitate pretij.* 7.10.159. 8.1.162. *Quilibet non facit contractum bonæ fidei ipso iure nullum, sed is demum qui dedit causam contractui, non qui incidit in contractum* 1.7.21. *Ex proposito non afficit rem* 7.3.173 *In re ipsa æquiparatur dolo ex proposito.* 1.7.21

DOli exceptio opposita, numquam facit iudicium bonæ fidei, quod prius fuit stricti iuris 9.2.190

DOlo non facit is qui iure suo sine communis vtitur 2.16.43.5.1.94

DOlo proxima lata culpa. 2.8. 49

DOminium transferri non potest sine possessione 6.4.120

DOminium

Dominium non transfertur sine traditione. 6.5.122. non transfert locatio. 6.4.119. traditio nuda 15.6.164
Dominum feudalem anomalum successorem vocamus 12.6.278
Donatio subsistere non potest inter patrem & filiam quæ in potestate est 13.8.314
Dos esse non potest sine matrimonio 13.4.299
Dos filiæ promissa nedum data proprium ipsius filiæ patrimonium est 13.2.292
Dotis & legitimæ differentia 12.2.268
Dotis Causa & conditio nulla pactione deterior fieri potest 6.2.115
de Dote iudicium bonæ fidei est 8.6.174
Dotem filiæ pater viuus debet 13.5.305
Dotes quæ à parentibus dantur solent esse vt plurimum pecuniariæ 14.10.344.

E

ECclesia & minor non in omnibus cõparantur 7.6.147
Edictum successorium proprium ius olim fuit prætoriæ iurisdictionis 3.8.67
Emendi origo cœpit ab ipsis permutationibus 8.9.183
Ementibus & vendentibus licuit semper se in pretio circumuenire, & quidem naturaliter. 7.7.148
Empti iudicium bonæ fidei est 8.1.162
Emptio sine venditione esse minimè potest 8.9.184. Fructuum valet tanquam rei futuræ 6.6.124
Emptionis vicem obtinet diuisio 8.1.159
Emptionis contractus non minus bonæ fidei est quàm venditionis vel dotis. 8.6.174.
Emptionem facit æstimatio 2.8.49. 8.6.173
Emptor malæ fidei non est nisi qui mala fide, id est dolo malo emit 10.9.233
Emptoris Dolus æstimatur qualitate factis non quantitate pretij 1.7.20.10.9.233.7.10.159 Eorum sequitur venditor 10.130.131
Euentus dubius æstimari potest 8.10.186
Euicta re vendita, tenetur debitor de euictione 1.5.14
Exceptio nihil aliud est quàm conditio 18.3.436 Doli opposita, numquam facit iudicium bonæ fidei quod prius fuit stricti iuris 9.2.190 Non infamat sicut actio 1.7.22. Non excussi debitoris competit ex lege inuito etiam creditore 6.3.118 Non excussæ specialis hypotheca competit ex æquitate quadam. ibid.
Exceptiones ad id comparatæ sunt vt vnusquisque id quod suaintereſt consequatur, siue petendo, siue retinendo 3.7.66
Exceptiones doli bonæ fidei iudiciis insunt 8.1.160
Ex empto Agi non potest contra eum qui non vendidit 1.10.27
Exheredatio numquã fieri potest in diẽ, aut sub conditione, aut in certũ casum 12.8.282. Non rite facta pro nulla & non facta habetur 14.17.337. Fieri non potest ab intestato 2.10.56. Licet ius suitatis non tollat, tollit tamen vim & effectum ipsius 2.10.54
Exheredationis & Remuntiationis differencia 12.8.282
an Exheredatus pro mortuo habeatur 12.8.281.
Exheredatione sola non perimitur ius suitatis 13.1.289
Expensarum Refusio, locum habere non solet, nisi cum ab vna actione transitus fit ad aliam quæ cumulari non potest 4.4.81
Expressum facit cessare Tacitum 6.1.113
Expressa nocent, quæ non expressa non nocent 1.9.26

F.

Factum hominis vnico instanti perfici non potest 10. 4. 222. *iudicis est factum partis* 1.10.26

Factum suppleri numquam potest 1.1.2

Factum legitimè ab initio non debet irritũ fieri ex causa superuenienti 13. 5. 302.

Facti est causa possessionis 4.3.79. *conuentio & traditio pignoris potius quàm iuris* 9.9.209

Familia pro hereditate accipitur 3. 1. 58

Familiæ erciscundæ iudicium est vniuersale 8.4.171

Fauorabiliorem dicimus causam debitorum quàm creditorum 3.7.67

Fauori suo renunciare quis potest 7. 8. 151.

Feudalem dominum anomalum successorem vocamus 12.6.278

Fideicommissa tam vniuersalia quàm singularia & purè & in diem relinqui possunt 20.3.485

Fideicommissarius satisdare debet legatorum nomine quæ ab hærede relicta sunt 11.10.262

Fideicommissi vniuersalis & singularis differentia 11.3.243

Fides mala inducitur potissimùm ex vi & dolo 9.1.188

Fides bona in contractibus consideranda 9.1.188

Fieri ipso iure dicuntur quæ fiunt iuris authoritate 5.5.100

Filia legitima nulla debetur vivo patre 12.2.267

Filius præteritus quis dicatur 14.6. 334

Furiri morte solet voluntas 6.6.125

Finis longissima hominis vita est centum annorum 38.68

Finium regundorum actio non est in personam sit, tamen pro vindicatione est 11. 1.237

Fœmina non habent nec habere possunt iuris potestatis, ne in liberos quidem 6. 7.127

Fœminis nullo casu tutela defertur.6.7. 127

Fœnus est quidquid sortem excedit 9. 9. 208

Forum emptoris sequitur venditor 6.10. 130.131

Frater maior natu diuidit, minor verò eligit 8.2.165

Fratribus legitima nulla debetur 15. 4. 359

Fructus non augent legitimam 12. 1. 265. *sunt naturales accessiones rei & naturalem causam habere dicuntur* 12. 1.266.11.1.237 *fauorabiliores vsuris* ibid. *suos facit bona fides possessor non tantum industriales, sed etiam naturales* 7.6.144 *pendentes dicuntur qui sunt maturi* 11. 3 244 *videntur pars fundi* 6.6.124

Fructuum emptio valet tanquam res futura 6.6.124 *percipiendorum non solùm modus sed etiam valor incertus est* 8.8.180

Fundus æstimatus quoties in dotem datur, id primum & præcipuè agitur vt fundus ille pro dote sit, deinde vt fundi æstimatio sit in dote pro fundo 8. 6. 174

Fur perpetuò moram facere intelligitur 17.2 410

Fur tenetur condictione furtiua vt actori præstet quanti plurimi res fuit 17. 1. 408

Furtum fieri potest rei hereditariæ 2. 6. 46 *fieri hæreditatis nequit* 3.3.60. *nec est qui in rerum natura amplius non est.* ibid. 61

Furti actio datur iis omnibus quorum interest 2 6.46

Futura comprehenduntur, bonis omnibus obligatis 1.1.2

G.

GRatuita pecunia dicitur non illa solum de qua conuenit vt gratuita esset, sed illa etiam de qua non conuenit vt sit sub vsuris 9.5.197

H.

HÆres is demũ dicitur cui delata & acquisita est hæreditas 3.1.57

Digitized by Google

Cogi non potest Iurare precise de facto defuncti 1.19.2.259. *Dici non potest sine hereditate* 3.1.58. *Esse non potest seruus quandiu seruus manet* 15. 7. 333 *Repræsentat personam defuncti* 3. 2. 96

Heres particularis non est qui ex re certa scriptus est 15.8.374

Heredis appellatio nihil nisi dominum significat 11.3.244. *Nomen est iuris ciuilis* 2.10.54

Heredem veteres pro domino dixerunt 3.1.56

Hereditas nihil nisi nomen iuris est 5. 2. 96. *quàm successio in vniuersum ius quod defunctus habuit* 5. 4. 98. *nomen iuris est, ibique etiam esse intelligitur, vbi bona nulla sunt dummodo aliqua esse possint* 3. 3. 61. *non æstimatur nisi ex tempore mortis* 14. 5. 331. *Consistere non potest in re vna* 15. 10. 378. *Dari pacto non potest* 14. 5. 331. *deferri ex testamento non potest quandiu testamentum in eo est vt agnatione posthumi rumpi possit* 2. 7. 47. *Deferri ab intestato non potest quandiu successioni testati locus alicuius esse potest, ibidem. Desinit esse hereditas ex quo certum esse incipit neminem aut ex testamento aut ab intestato heredem fore* 3. 3. 61. *ex quo adita est, desinit esse hereditas* 11. 3. 245. *Dicitur deducto ære alieno* 2.3.35. *Dicitur illa, quæ ære alieno tota non modo obruta, sed etiam exhausta est* 3. 3. 61. *Habet commoda & incommoda* 11. 10. 262 *Possideri non potest* 5. 2. 96. *Recipit augmentum & diminutionem* 11. 3. 244. *Repræsentat personam defuncti* 3. 3. 61. *non heredis* 3. 3. 60. *simul repudiata non magis adiri potest quàm adita repudiari* 3. 6. 65. *Soluendo esse intelligitur quacumque heredem habet* 2.4.38

Hereditas & Successio viuentis nulla est 12.2.267

Hereditas iacens dici non potest quæ habet heredem 3.1.60

Hereditatis aditio est animi potius quàm facti 2.10.53. *Appellatione quid significetur* 3.1.57.

Hereditati paternæ se immiscere nihil aliud est, quam ex paterna hereditate aliquid vel minimum attingere 3. 6. 64

Hereditatem sibi delatam acquirere nemo potest per procuratorem 2.10.53

Hereditariæ res furtum fieri potest 2.6. 46

Hereditarium dicitur quod mortuo testatore in eius hereditate reperitur 5. 1. 91

Hominis factum vnico instanti perfici non potest 10.4.222

Hominis vitæ longissima finis est centum annorum 3.8.68

Hypotheca est rei immobilis 9.6.200 *Contrahitur nuda voluntate & solo consensu* 12.10. *Currit à die recogniti chirographi* 1.1.3. *Perficitur nudo consensu* 9.6.200

Hypotheca expressa fieri nequit, vt pro non expressa habeatur 6.1.113. *Tacita non inducitur ex chirographo non agnito* 1.1.3

Hypothecæ & pignoris differentia 9. 6. 200

Hypothecæ tacitæ priuilegium non aliam ob causam inductum est, quam vt ne periclitetur debitor, qui ex iusta aliqua causa, priuilegio & auxilio dignus videtur 6.1.113

Hypothecaria actio contra quem detur 4.4.80. *est arbitraria* 18. 3. 436. *Cumulari potest cum interdicto recuperandæ possessionis* 4.6.85

I

INcapax succedendi ab intestato est incapax legitimæ consequendæ 12.6. 279

Infamiam irrogat actio de dolo 1.7.22

Inficiatio calumniosa nocet inficianti 1.1. 4. *Facit vt obligatio non tungnam crescat* 1.1.4

Digitized by Google

Iniusta possessio etiam possessio est 4.2.

Institutio particularis est quæ fit ex certa re 15.8.374

Institutæ Discussionis quibus sit communis 2.1.29

Interdicta omnia comparata sunt ex edicto & iurisdictione prætoris 18.7.46. *Sunt aut adipiscendæ aut retinendæ, aut recuperandæ possessionis ibid.*

Interrogatoria actio datur in eum qui confitendo siue verum siue falsum, aut negando verum & mentiendo se onerauit 2.10.55. *Nascitur ex falsa & mendaci confessione* 2.10.55

Inuentarium quare præcipuè fiat 2.8.48

Inuentarij commodum duplex 2.3.34

Iudex nihil distat à viro bono 7.6.146. *Separatur à magistratu* 10.10.235. *Supplere non debet quod facti est* 1.1.3

Iudicis factum est factum partis 1.10.26

Iudices dabantur à magistratu 10.10.235

Iudicium depositi est bonæ fidei in quo iurari solet 17.9.428. De dote *bonæ fidei est* 8.6.174. *Empti & venditi bonæ fidei est* 8.1.160.162. *Familiæ erciscundæ superesse non potest semel facta bonorũ diuisione* 8.4.172. *est vniuersale* 8.4.171. *Rescindens est præparatorium rescissorij* 7.1.132. *Vẽditi non minus bonæ fidei est quàm de dote* 8.6.174

Iudicia non in aliud comparata nisi vt exerceantur in inuitos 16.2.385. *Bonæ fidei, differunt ab iis quæ sunt stricti iuris* 8.1.160

Ius oritur ex facto 8.10.187

Ius adcrescendi an possit habere locum in legitima 15.4.338. *Adeundæ aut post aditionem petendæ hereditatis non nisi tricennio finiuntur* 3.8.76. *Succedendi est ex legibus* 12.4.271

Iuris stricti est sententia 7.6.146

Iuri nihil tam est contrarium quam error 11.7.252

Iura omnia & vniuersalia & singularia per additionem hereditatis confunduntur 2.4.37

Iura non possidentur 5.7.105

Iura vigilantibus subueniunt non dormientibus 1.1.4.

Iura incorporalia non possidentur 5.10 III.

Iurare non cogitur heres præcisè de facto defuncti 19.2.459. *In litem licet in infinitum* 18.9.450

Iusiurandum defertur *non propter moram sed propter solam impossibilitatẽ probationis* 17.8.425. Deferri *nunquã potest, nisi cum necesse est* 17.5.417 *Remitti potest ab eo in cuius gratiam præstitum est* 14.4.328. *Nunquam deferendum nisi ex iuris necessitate* 18.9.452

Iusiurandum dolo malo extortum non obligat iurantem 13.7.311

Iusiurandum iniquitatis vinculum esse non debet 12.1.265

Iurisiurandi contempta religio satis Deũ *vltorem habet* 18.9.452

Iurisiurãdi deferendi ratio præcipua quæ 17.8.424

L

LAESIO *enormis est quæ vltra dimidiam iusti pretij est* 7.10.157.158. *quæ est vltra dimidiam iusti pretij* 7.19. Distinguitur *ab enormissima* 1.7.19.7.10.157.158. *Enormissima est quæ excedit bessem, ibidem. Non bene comparatur dolo* 1.7.20. *quantum ab eo distet, ibid. Quantumuis immodica, nihil commune habet cum causa doli* 1.7.20. *Nihil commune habet cum bona fide* 8.10.185

Laudimia debentur ob solam dominij translationem 10.4.220

Legata non computantur in ære alieno 4.10.

11.10.262. *Præstare debent, non ex bonis hereditariis sed omnino ex hereditariis* 2.3.35

Legitima nulla debetur Filio nisi post mortem patris 13.4.297 *Filiæ vivo patre* 12.2.267. *Fratribus* 15.4.455

Legitima non est quota hereditatis, sed bonorum 12.2.268. *nihil aliud est quàm pars quædam portionis ab intestato contingentis* 14.10.34 *Non nisi ab herede deberi potest* 12.10.287.15.3.351 *Non debetur nisi post mortem & propter mortem* 12.6.279. *Non est nomen iuris, sed quota bonorum* 12.1.261. *Debetur omnimodo liberis* 12.5.277. *Nullam potest recipere grauamen* 14.9.343. *Consistit in emolumento & commodo, non in iure* 14.9.343

Legitimæ & Dotis differentia 12.2.268

Legitimæ consequendæ incapax est qui succedendi ab intestato incapax est 12.6.179. *Supplementum nihil aliud est quàm ipsa legitima* 14.10.346

Legitimam pater filiæ non nisi mortuus debet 13.5.305

Legitimam non augent fructus 12.1.265

Lex nihil fingis frustrà 6.1.114

Legis beneficio indignus est, qui dolum admisit & qui in legem ipsam peccauit 2.5.40

Leges nouæ iuris veteris correctorie habendæ non sunt extra suos fines 8.8.180

Liberalitas non confertur in inimicum 11.1.241

Limitata causa, limitatum producit effectum 14.4.328

Litis contestatio facta vi quasi contrahi videatur 11.4

Locatio est vera venditionis fructuum 8.8.180. *Non transfert dominium* 6.4.119. *& venditio isdem regulis constans* 8.8.183

Locatio prædij ad urbem, siue rusticè rescindi non potest ex causa quantumlibet immodica lasionis 9.5.199

M

MAter Filium non habet in potestate 3.10.73

Mentitur is qui cum nec bonorum possessionem acceperit nec heres sit, aut esse possit fatetur, tamen & fatetur se heredem 2.10.55

Merces solui ex conductione non solet nisi quando conductori fieri licet 8.8.181. *omnes in genere consistunt* 16.3.389

Metus non aliud intelligitur nisi qui sit iustus & quem constantem virum cadere possit 13.6.308.309

Minor obligatur recta sine curatore 6.9.130. *non aliter restituitur, quam si læsus sit* 6.9.129

Minor & ecclesia non in omnibus comparantur 7.6.147

Minors tutorem non habenti solui non potest 11.2.241

Monasterium ingressum se suaque Deo dicare intelligitur 12.5.277

Mora contrahitur vix sine culpa 18.10.454. *nulla est vbi nulla petitio* 16.4.391. *Semel contracta perimi pellationem semper durat quousque purgata sit* 11.2.242. *Perpetuat obligationem, facitque vt res quæ etiam posteaquam perempta est adhuc extare existimetur* 18.10.454

Mora & culpa differentiæ vide Differentia

Moritur sine liberis is qui quo tempore moritur nullosdum liberos habet 12.6.278

Mulier præfertur Creditoribus omnibus etiam anterioribus 11.4.13. *Quibus præferatur creditoribus* 6.2.115

Renuntiare potest S.C. Velleiano 7.8.152

Digitized by Google

Mutui contractus, est stricti iuris 11.2.71 17.2.428. *Obligatio nonnisi re contrahitur* 11.2.7

N.

NAtura nonnisi in tempore operatur 4.8.87

Nepos ex filia non est iuxta materni potestate 6.1.171

Nomen heredis est iuris ciuilis 2. 10.54

Notarius absenti & ignoranti cuilibet stipulari potest 14.2.323

Nullius alicuius rei æstimatur ex defectu forma, nisi ex quantitate materia 10.7.229

O.

OBligari non potest pupillus sine tutoris auctoritate 3.5.64

Obligatur minor recte sine curatore 6.9. 130

Obligatio iuris est 17. & 425. *bonorum omnium debitoris non solum præsentiũ, sed etiam futurorum valet* 4.8.86. *Contrahitur vel in diem vel sub conditione* 6. 4. 389. *Contrahere vltra quam reuera datum & numeratum sit non potest* 1.2. 7. *Tollitur solutione* 14.10.341

Obligatio mutui non nisi re contrahitur 1.2.7. *Pignoris affectus rem quæ obligatur* 6.5.122

Obligationes crescere possunt interdum ex postfacto 13.4

Obligatis bonis omnibus etiam futura comprehenduntur 1.1.2

Origo emendi vendendique cœpit ab ipsis permutationibus 8.9.153

P

PActum de retrouendendo adiici solet in venditionibus 9.10.209

Pacti & stipulationis differentia 1.2.8

Pacto hereditas dari non potest 14.5.331

Pacta seruari debent quæ nec contra bonos mores nec contra leges facta sunt 8.1163

Pactio inter filium & alios facta de non succedendo patri nõ valet, nisi patris consensus accedat 13.6.309

Pactiones de futura viuentis hominis successione iuris ciuili non valent, siue de succedendo sint, siue de non succedendo 12.3.269 *Facta de absentis & ignorantis successione non valent* 14.2. 324. 325

Pater viuus filia dotem debet 13.5.305. *Grauare liberos in legitima non potest* 20.2.484

Pecuniares sterilis est 1.2.6.8.8.183. *Pecunia confusione* 2. 1.30. *Pecuniam gignere non potest* 1.2.6

Pecunia Gratuita, vide Gratuita

Perfidia esse potest sine dolo 9.3.192

Perursum satis Deum vltorem habet 2. 5.42.

Permutatio contractus bonæ fidei est 8. 9. 184. *Vicem emptionis obtinere dicitur* ibid. 184. *Similis est diuisioni potius quam venditioni* 8. 9. 184. *Affinitatem maximam habet cum emptione & venditione* 8.9.183

Permutationis & venditionis differentia 8.9.184

Personales actiones quæ, vide actiones.

Personam defuncti repræsentat. heres 15. 2.96

Pignus propriè est rei mobilis 9. 6.200. *Dictum à pugno.* ibid. *Conuentionale est quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur* 10.10.235. *Inutile est quod distrahi nunquam potest* 9.7.203. *Iudiciale dicitur quod ab ipsis iudicibus non a magistratibus constituitur* 10.10. 235. *Prætorium sublatum est*, ibid. *Est, quod non nisi ex prætoris edicto constituitur* ibid.

Pignus Contrahi potest sub conditione acquirendi dominij 4. 8.86 *Non perficitur nisi res traditione* 9.6.200 *Vendere non potest creditor, eiúsque dominium transferre in emptorem* 1. 6. 18

Pignus propriæ rei consistere non potest 1. 151

Pignoris & hypothecæ differentia 9. 6. 200.

Pignoris prætorij & Iudicialis differentia 10.10.235

Pignoris iure retineri res non potest quæ non est obligata 1.9.25. *Obligatio afficit rē quæ obligatur* 6.3.122. *Conuentio & traditio facti est non iuris* 9.9.209

Pignorum Genera tria, Conuentionale, prætorium, iudiciale 10.10.234

Pignoratitiorū creditorū priuilegia, vide Credit.

Possidere nihil aliud est quàm sibi habere 10.6.226

Possidet cuius nomine possidetur 4.3.77

qui precario possidet 4.10.89

Possessio facti est 5.2.96. *Potius quàm iuris* 4.2.75.6.4.120

possessio consuetudinaria non acquiritur animo aut facto vllo haredis, sed sola consuetudinis potestate 5.5.100. *Iniusta etiam possessio est* 4.2.75

Possessio Transfertur perinde per constitutum atque per traditionem 9.6.202 *Transferri potest sine conditione* 4.8.86. *Non transfertur iuris potestate sed facto hominis* 4.8.87. *Transfertur per constitutū* 4.9.89. *Non transfertur verbis aut per instrumentum, sed traditione opus est.* 5.6.101. *Non requiritur sine animo & corpore* 5.2.95. *Non admittitur nisi animo & corpore* 5.2.91. *Quari non potest nisi animo & corpore* 4.8.87

Possessio quam per alium retinemus amittis sine facto nostro non potest 4.4.79

Possessio etiam vitiosa prodest aduersus extraneos 3.7.67

Possessionis causa facti est 4.3.79

Possessores duo eiusdem rei esse non possunt 4.4.81

Possessor bonæ fidei est qui & publicè & authoritatē magistratus coparauit 10.9.232. *facit fructus suos, non tantum industriales, sed etiam naturales* 7.6.144. *Malæ fidei appellatur is qui emit ab eo contra quem nunc potuit restitui* 7.6.145

Præscriptio nihil aliud est quàm exceptio 3.8.69 *Non curiosi non prudenti agere* 3.9.71

Præscriptio temporis non est modus tollēdæ ipso iure obligationis 3.8.69

Præscriptione temporis actiones annorum iura adeundi periimunt 3.8.69

Præsumenda est facile vsurarum remissio 1.2.6

Præsumitur facile vsurarū remissio 1.2.8.

Præteritus filius quis dicatur 14.6.234.

Prætor non curat de minimis 8.1.164

Prætorium pignus fit 10.10.235 *Est quod non nisi ex prætoris edicto constituitur* 10.10.235

Pretium succedit locoresin iudicis vniuersalibus 8.4.171. *Non est in permutatione* 8.9.183. *iustum est quod non ex huius aut illius affectione, sed ex communi hominum æstimatione constituitur* 10.9.232

Pretia rerum mutantur pro temporum & locorum varietate 8.5.172

Prior tempore potior est iure 1.4.11

Priuilegia Creditorū pignoratitiorū vide Creditor, *& chirographariorum.*

Priuilegia non sunt multiplicanda vt à iure communi quàm minimum fieri potest, recedatur 11.6.249

Probare est allegantis aliquid, non autem negantis 5.8.105

Probatio nulla Certior aut apertior fieri potest, quàm quæ fit per aduersary non solum confessionem sed etiam Scripturam 1.2.9. *Incumbit ei qui dicit non qui negat* 19.1.456

Probatio aditæ hereditatis difficilis est 2.10.52

Propositum in mente retentum nihil operatur 1.1.2

Proprietas nihil habet commune cum possessione 4.2.76. *Pupillus contrahere, nec obligari vllomodo potest, sine tutoris authoritate* 343.63

R

RAtio reddendæ quit omnia quæ à maioribus constituta sunt 10.9.239

Ratum non habetur quod per restantionem rescinditur 7.7.150

Rescissa expensarum totum habere non licet, nisi cum ab vna actione transitus

ſit ad aliam quæ cumulari non poſſet 4.4.81
Remiſſio ſurariũ Præſumitur facile 1.2 6.8
Renuntiare qui poteſt fauori ſuo 7.8.151 *Senatuſconſulto Velleiano poteſt mulier* 7.8.152
Renuntiatio expreſſa valet 14.3.327. *Specialis & expreſſa requiritur in inſtrumentis* 1.1.2
Renuntiatio Reſcinditur per reſtitutionem 7.8.154
Renuntiationis & exheredationis differentia 12.8.182
Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licèt alius ſoluerit quàm qui debuit 1.10.18
Retineri pignoris iure nõ poteſt res quæ non eſt obligata 1.9.25
Res aliena vendi poteſt 1.10.18
Rei hæreditariæ furtũ fieri poteſt 2. 6. 46 *non extraneæ æſtimatio nulla eſt* 17.6. 420 *Propriæ pignus conſiſtere non poteſt* 1.1.5.
Rerum pretia Mutantur pro temporum & locorum varietate 8.5.172
Reſilire quilibet poteſt ab eo iure quod pro ſe introductum eſt 7.8.151
Reſcindi non poteſt quod nullum eſt & ipſo iure non tenet 10.7.228
Reſcindi an poſſint ſubhaſtationes ex cauſa immodicæ laſionis 10.9.233 *Non debet id quod ipſo iure non tenet* 1.7.21
Reſcindens iudicium eſt præparatorium reſciſorij 7.1.132
Reſcindentis & Reſciſorij cumulatio admittitur 7.1.132
Reſtitutio in integrum non aliter competit, quàm ſi & minor ætas & læſio probetur 7.9.154. *Dari nunquam poteſt ei per quem factum eſt quominus integra res ſit, nec ſi minor proponatur* 8.4.170 *Nunquam Datur maior ex cauſa ſolius immodicæ læſionis* 8. 6.276. *Datur ad diſtrahendum negotium quod inique contractum fuit* 7.1.132. *Datur minoribus 25. annis propter lubricum ætatis* 7.9.154 *Non datur vbi alia actio competit* 8. 1.161
Reſtitutio pleniſſimam habet ſignificationem 7.6.146 *Plerumque neceſſaria eſt ei etiam qui ex contractu ſtricto cõuenitur* 8.1.161
Reſtitutionis auxilium extraordinarium eſt 7.7.147. *Tribui minime debet ei, qui communi auxilio & mero iure munitus eſt.* 7.7.147 *Solis puberibus intra vigeſimum annũ conſtitutis, neceſſarium eſt.* 3.1. 59. *Verbo an fructus contineantur* 7.6.146
Reſtitutionum omnium commune ius illudiſt, vt omnia in priſtinum ſtatum reſtitui oporteat 8.4.170
Retrouenditio ſecunda venditio eſt 10. 3. 218
Reus abſolui debet actore non probante 19.1.455 *Fungitur actoris vice in exceptionibus* 19.1.456

S

Satiſdare debet Fideicommiſſarius legatorum nomine quæ ab hærede relicta ſunt 11.10.262
Satiſdatio non mutat malevolum tutoris propoſitum 4.2.75.
Scriptura adhibetur ad futuram rei memoriam & probationem 1.3.10
Sententia eſt ſtricti iuris. 7. 6.146. *Dici non poteſt niſi quæ vel condemnationem vel abſolutionem continet* 18.4.458. *Reſcindi non poteſt prætextu quamcunque læſionis* 8.10. 187. *Niſi adueſus rem iudicatam reſtitutio in integrum poſtuletur* 7.7.150
Separationis beneficium quod 3.1.59
Seruus hæres eſſe non poteſt quandiu ſeruus manet 15.7.175
Solui ante diem non poteſt, quod in diem debetur 13.4.298
Solui non poteſt minori tutorem non habenti 11.2.241
Solutione Tollitur obligatio 14. 10. 345
Soror à fratris ſucceſſione excludi non poteſt, nullis exiſtentibus liberis 14. 2. 323

Sortem

Sortem quidquid excedit, vsura est & fœnus 9.9.208.
Species conditionũ quot & quæ 10.4.221
Spes prudentibus plerũque nihil aliud est quàm paulò plus quàm nihil 9.5.199
Sperata pro præsentibus & exploratis habere stultorum est 9.5.199
Statutum quam vim habeat 15.3.56
Sterilis sus natura pecunia est 1.2.6
Stipulatio Contracta inter absentes videri non potest 1.2.7. *Est contractus stricti iuris* ibid.
Stricti iuris est sententia 7.6.146
Stultorum est sperata pro præsentibus & exploratis habere 9.5.199
Subhastationes an rescindi possint ex causa immodicæ læsionis 10.9.233
Succedendi ius est ex legibus 12.4.271.
Successio viuentis nulla est 12.2.267
Supplere quod factis est index nunquam debet 1.1.3
Suppleri nunquam potest QVID? Factum 11.2
Supplementum legitimæ nihil aliud est quàm ipsa legitima 14.10.346. *Eiusdẽ natura & conditionis esse debet cuius & illud in qua legitima solus cæptus est* 15.2.354
Suus heres non videtur is qui primum in morientis patris familia gradum eo tempore non obtinuit 3.8.68

T

TAciti vis maior esse nequit quàm expressi 1.1.4
Temporis ordo attenditur inter creditores hypothecarios, non quidem contractis debitis, sed hypotheca constitutæ 2.2.32
Testamenti factio pertinet ad ius publicum 13.3.296
Testatoris voluntas in omnibus seruanda 15.6.364
Tradi nullo modo potest quod nullum est 6.6.125
Traditio est meri facti 8.4.172
Traditio nuda non transfert dominium 15.6.364. *Pignoris est facti, non iuris* 9.9.209 *Nulla est sine facto tradentis* 9.6.201. *Est quæ dominium transfert* 6.6.123. *In quibusdam contractibus non est necessaria vt contractus perfectus videatur* 8.1.162
Transactio rescindi non potest prætextu læsionis 8.10.185
Transactiones bona fide factæ ea intelliguntur quæ neque vim, neque dolum habuerunt, tametsi ex iis læsio aliqua emerserit 8.10.185
Transactionum non minor est authoritas quàm rerum iudicatarum 8.10.187. *ea natura & conditio est vt de re dubia ac incerta fieri debeant* 8.10.186
Transferri dominium non potest sine possessione 6.4.120
Tutela eo deuolui solet quo redit hereditas 6.7.127. *Est aut in capite libero* ibid. *Fœminis nullo casu defertur* ibidem
Tutoris & curatoris differentia 6.8.128. *Datio profiscitur ex iure patriæ potestatis* 3.10.73

V

VEndi res aliena potest 1.10.28
Vendere rem alienam quis potest 3.6.65
Vendendi origo capit ab ipsis permutationibus 8.9.183
Vendentibus & ementibus licuit semper se in pretio circumuenire, & quidem naturaliter 7.7.148
Venditio & Locatio iisdem regulis constant 8.8.183. *Publicè facta & sub hasta rescindi non potest ex causa immodicæ læsionis quantumlibet enormis* 1.10.27. *Non afficit nisi personam venditoris* 6.5.122. *Rescindi olim nec hodie potest, ex immodica læsione si non vltra dimidiam venditor læsus sit* 8.7.179. *Rescinditur quodammodo ex immodica læsione* 7.7.149. *Rescinditur ob immodicam duntaxat læsionem* 1.7.19
Venditionis & permutationis differentia 8.9.184

Venditionem ab alio factam, rescindere alius non potest, qui à venditore ipso nullum ius habet 15.15

Venditionum publicarum maior est vis quare 1.6.17 *Publicarum & priuatarum differentia* 10.8.231

Venditor compellitur plerumque vendere pretio minore necessitate rei familiaris 8.7.178. *Sequitur forum & iudicem emptoris* 6.10.130. 131

Venditis iudicium non minus bonæ fidei est quàm de dote 8.6.174

Vigilantibus iura subueniunt non dormientibus 1.1.4

Vis esse nequit sine dolo 18.6.445. *Maior esse nequit taciti quàm expressi* ibid.

Vitæ hominis finis longissimæ est centum annorum 1.3.8.68

Vitiosus successio nulla est 12.2.267

Voluntas finiri morte solet 6.6.125. *Testatoris in omnibus seruanda* 15.6.364

Vsucapio non potest esse sine possessione 5.4.99. *Nihil aliud est quam adquisitio* 10.6.224

Vsura est quidquid sortem excedit 9.9.208

Vsuræ fœnebres non debentur nisi ex stipulatione 8.8.182. *Legitimæ male interpretantur ea quæ magis sunt in vsu* 10.1.212. *Leuissimæ sunt tributes, sic dictæ, quòd ascenderent ad tertiam vsque centesimæ* 10.1.212. *Mediocres & moderatæ olim fuerunt non besses, sed semisses, & , vt vocant semissales* ibid.

Vsuræ currunt lite contestata 11.1.237 1.1.5. *Debentur ex contractibus bonæ fidei à die moræ* 11.1.236. *Nullæ debentur si pecunia gratuita sit* 9.5.196. *Præstandæ sunt ex stipulatione* 1.28

Vsuræ vsurarum prohibitæ sunt 20.1.480. *In actionibus strictiuris non veniunt ne quidem à die litis contestatæ* 11.1.237

Vsurarum odium non efficit vt promitti non possint 1.2.7. *Remissio facile præsumenda est* 1.2.6. *Remissio præsumitur facilè* 1.2.8

Vsuræ illæ demum odiosæ sunt quæ tanquam vsuræ debentur, non quæ pro eo quod interest creditoris ibid.

Vsuras centesimas nullo prorsus casu toleramus 10.1.213. *Leuiores legitimásque eas intelligimus, quæ propter redundantem in humana vita permissitatem toleruntur à principibus etiam inutiles* 10.1.211

Vsusfructus reipublicæ relictus, non nisi centesimo anno finitur 9.10.210

Vtile per inutile non vitiatur 4.18.90

INDICIS FINIS.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

CHILIADIS DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

PARS PRIMA.

DECAS PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito, vel denegato.

DIGNVS meo iudicio hic error eſt, qui primũ in prima decade locum obtineat. Vix enim alius vllus occurrit aut crebrior in foreſibus diſceptationibus, aut à recta iuris ratione alienior. Vidi ego ex pragmaticis pleroſque, nec vltimi inter cæteros nominis, tam parum in iure verſatos, vt non dubitarent adfirmare, debitorum omnium bona omnia tacito pignoris iure creditoribus hoc ipſo eſſe obligata, licet de pignore nullo modo conuenerit. Secuti *Cepollam in l. quod ſi nolit* 31. §. *quia aſſidua. de ædilit. edict. & Boer. quæſt.* 182. *num* 54. Cuius ſententiæ rationem, adeò nihil eſt tam ſtultum & abſurdũ, quod non ratione aliqua probabile fieri poſſe exiſtimetur, illam adferre ſolent, quòd vulgaris ſit conuentio iſta pignoris, & in omnibus ferè inſtrumentis & cautionibus apponi ſolita, non modò ex voluntate contrahentium, ſed etiam ex ſtilo & conſuetudine notariorũ. *l. & quæ nandũ* 15. §. *quod dicitur* D. *de pig.* Quaſi ex eo inferri poſſit, ſi quando ſit omiſſa, per errorẽ id potiùs quàm conſultò factũ, & plus dictũ minùs ſcriptũ intelligi debere, *l. errore. vbi Bald. Caſtr. & Iaſ. C. de teſt.* Quid enim, inquiunt, refert debitoris, an bona eius obligata ſint, cùm ſit ipſe obligatus? Sed tamen error hic iampridem à tribunalibus omnibus non minùs quàm à ſcholis explosus eſt. Nam ſi quid in toto iure certum, illud ſanè certiſſimũ eſt bona debitoris citra expreſſa conuentionẽ obligata creditori

non esse, extra eas causas in quibus placuit contrahi tacitè pignus vel hypothecam. *Tot. tit. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. D. & C.* Quorsū enim quærendum esset in quibus causis id fieret, si in omnibus & passim admitteretur: In eámq; rem expressa est Iustiniani constitutio *Nouell. 136. de argentar. contract. insuper.* Inde etiam tituli illi *De reb. autor. iudic. possid. vel v. enund. De priuil. credit. de separ. Quib. ex caus. in posses. eat.* qui cùm ad chirographarios duntaxat, nō etiam ad pignoratitios & hypothecarios creditores pertineant, nullius omnino essent vsus aut vtilitatis, si qui quis chirographarius creditor est, pignoratitius quoque censeretur. Nam ad pignoratitios pertinet *Tit. Qui potior. in pignor. habeant*, eáque inter hos & illos differentiā est elegans & explorata, quòd chirographariorū priuilegia nō ex tempore æstimātur, sed ex causa. *l. priuilegia 42. De reb. autor. iudic. possid.* pignoratitiorū autē è contrario ex solo tempore nō ex cāusa. *l. 1. & pass. qui potior. in pignor. hab. C. & D.* Nec quod vulgaris sit consuetio hæc de pignore, facere debet vt subintelligatur cùm est omissa, quādoquidē non iuris est sed meri facti, quod suppleri nūquam potest. *l. 1. C. vt quæ desunt aduocat. par.* Alioqui eadē ratione inferas clausulam constituti, quòd in cōtractibus præsertim pignoratitiis adiici soleat, pro adiecta semper habendā esse; quod tamen falsissimum esse nec pragmatici ipsi diffitentur. Item clausulā illam per quam renuntiare fideiussores, & correi debendi solent exceptioni ordinis, & diuisionis, perinde prodesse creditori cùm omissa atque cùm expressa est contra quàm scriptum sit in *Nouell. 4. de fideiuss. & Nouell. 99. de duob. reis*, vbi expressā & specialē renuntiationem Iustinianus requirit. Denique ne longiores simus in conquirendis & rescindendis aliis clausulis, quæ licèt vulgares sint, exprimi tamen & solēt & debent, si sufficeret adiici solitā esse clausulam vt pro adiecta haberetur, consequens fieret clausulam codicillarem non tantùm in testamentis inter liberos aut ad pias causas, quod vulgo creditum est, sed in cæteris etiam omnibus subintelligi oportere, cùm sit omnū frequentissima; nec dubitandum videatur quin testantium omnium eadem sit mens & volūtas, quæ illius Lucij Titij, de quo in *l. Lucius 88. §. vlt. de legat. 2.* Quæ tamen sententia etsi placuit viro doctissimo *Iacobo Cuiacio*, displicuit sanè prudentibus *l. l. illud enim 13. §. tractari. D. de iur. codicill. l. generaliter. 24. §. ex testamento D. de fideic. libert.* immò *l. 3. D. de testam. milit.* & ipsi etiam Iustiniano in *l. vlt. C. de iur. codicill.* vt ex ipsimus *lib. 15. Coniect. cap. 17.* Quod enim huiusmodi clausulæ pleræque vulgo adiici solent, facere non debet, vt ex notariorum stilo potiùs quàm ex dictantium voluntate adiectæ videantur, nec facilè capienda est ea interpretatio vt plus dictum, minùs scriptum existimetur, ne quidem in vltimis voluntatibus extra casum illum singularem quem Papinianus tractat in *l. cùm nuus 102. de cōdic. & demonstr.* & nos explicauimus *lib. 7. Coniect. cap. 14.* Si non ex verbis ipsis testamenti possit concipi id quod suppletur. *l. Gallus 29. §. 1. de liber. & posthum.* In contractibus verò multo minùs, in quibus vtique perpetuum est tritum illud nostrorū sermone brocardicum, *Propositum in mente retentum nihil operari.* Neque simile est quod Iustinianus cōstituit in *l. 2 lt. C. quæ res pignor. oblig. poss.* vt obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehendantur, etsi enim ea potissimùm ratione motus est ad ita constituendum, quòd frequentissima esset illa cōuentio obligandorum bonorum omnium quæ debitor haberet, habiturúsque esset. *l. obligationes 6. d. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* facilius tamen illud induci

duci potuit per interpretationem obligationis generalis, quàm quod isti volunt, nulla expressa obligatione id esse iuris esse, Generales enim conuentiones facilè admittunt interpretationem ex eo quod verisimile est actum fuisse inter contrahentes, id autem verisimile est actum esse quod vt plurimum agi consuetum est. Quare nec generali obligatione illa bonorum omnium præsentium,& futurorum continentur ea quę verisimile est non fuisse quem specialiter obligaturum *d.l.obligatione*. At vt conuentio quæ nullo modo expressa est pro expressa habeatur fieri numquam potest, quia in eam rem suppletione opus est non interpretatione. Supplere autem quod facti est, iudex vt iàm diximus, numquam debet. Sed & si constitutione Iustiniani opus fuit vt obligatione generali bonorum omnium futura quoque continerentur (neque enim vetus aut media iurisprudentia id vnquam admisisset) quanto minus illud admittendum est citra constitutionem, vt nulla subsistente pignoris conuentione & præsentia & futura pignori data esse intelligantur. Nam quod isti adferunt nihil interesse debitoris, ridiculum est: cùm vtique multo facilius creditores inuenturus sit, offerens pignora nullodum vinculo obstricta. Sed & quamuis nihil interesset debitoris, tamen quis non videt interesse creditorum posteriorum, propter quos præcipuè ad hanc disputationem decurrendum est, cùm de temporis ordine & priuilegio inter creditores pignoratitios concertatur? Illud itaque pro firmo & fixo ponendum est, bona debitoris, si de pignore nihil conuenerit, tacito pignoris iure obligata regulariter, non videri, quod & omnium apertissimè probat *l. Aristo.3. D. quæ res pign.oblig.poss.* Addo regulariter, quoniam casus quidam sunt in quibus aut constitutum aut receptum est vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur: De quibus in *dict.tit. In quib.caus.pig.vel hypo.tacit.contr.* Inter eos verò casus pragmatici non modò nostri, sed etiam Galli hunc adstruunt, Si ex chirographo agnito & recognito agatur. Nam & ex iis ipsis qui fatentur hypothecam tacitam ex chirographo non induci, plerique omnes sic sentiunt, Si chirograpgum à debitore agnitum & recognitum sit, tacitam hypothecá ex eo tempore nasci, vt subinde hypothecaria exerceri possit non solum contra debitorem ipsum, sed etiam contra cæteros quosque possessores ab eo posteriorē causam habētes. Quam in sentētiam mouentur ex eo quod Senatus nostri stilo cautū est vt à die recogniti chirographi *hypotheca currat, & locū habeat*. Quasi verò id Senatus noster ab initio egerit, vt iis verbis hypothecā tacitam ex chirographo recognito induceret, ac non potiùs vt hypotehcæ in chirographo expressæ si qua esset, legē certā daret. Cùm enim ita ius esset, vt pignoris quantūcunq; expressi in chirographū collati nulla prorsus ratio haberi posset, propter fraudes quas alioqui facile esset cōminisci in necem anteriorū creditorum, nisi trium saltē testiū idoneorū subscriptio interuenisset *l.scripturas 14.C.qui potior.in pignor.habeant.* æquissimū sanè fuit constitui, vt à quo tēpore fraudis suspicio prorsus cessat, id est, agnito demū & recognito chirographo, hypotheca illa in eū vsq; diē inutilis vires suas extūc, vt loquūtur, exercere incipiat. Præsupponēdi enim sunt, quod & pragmatici iactare solēt, termini habiles. Vt autē nullo cōuento pignore sola chirographi agnitio aut denegatio sufficere possit ad inducendā tacitā hypothecā, nec iuris ratiō vlla facit, nec æquitatis. Nā si ius creditoris respicias, quî fieri obsecro potest, vt pl' iuris habeat is, qui nō nisi chirographo obstrictū habeat debitorē, quàm qui publico & authētico nititur instrumēto? Atqui si quingēti instrumētis

per totidē notarios exceptis & subscriptis creditor niteretur, nō eo magis sibi ius tacti pignoris acquireret, quod debitor ad iudicē euocatus vel agnō isset debitū vel denegasset, nec si milies litē cōtestatus fuisset. Litis.n. cōtestatio facit equidē vt quasi cōtrahi videatur *l.3.§.idē scribit. D. de pecul.* sed nō similiter pignus tacitum inducatur, quia neq; expressim contrahendo induceretur: maior autem esse vis taciti non potest quàm expressi. Quanto minus ergo inducendum erit, si non contestatio, sed agnitio sola aut denegatio debiti, nor in publicum instrumentum, sed in nudum chirographum collati præcesserit? Nam si dicas tanto fauorabiliorem & priuilegio aliquo dignioremesse creditorem chirographarium, quanto leuiores habet debiti sui probationes, vt qui tanto magis bonam fidem debitoris secutus sit solo chirographo contentus. Respondebo, Ex eo potiùs apparere quàm alienum sit non solum à iuris ratione, sed etiam à contrahentium voluntate, si tacitum pignus inducatur fauore eius qui pignoribus cauere sibi noluit cùm posset; nam si voluit, imputet sibi cui non fecerit, & cur nudam debitoris fidem sequi maluerit vt ei fortasse gratior esset, quàm pignorum cautionem ab eo extorquere. Neque verò vnquàm auditum est, quò quis negligentior & incautior fuerit in contrahendo, eo dignioré illum esse cui subsidiario iuris auxilio succurratur. Vulgare namque verbum illud est, & pragmaticis ipsis familiare, Iura vigilantibus subuenire non dormientibus *l.summa.21.§ sed si alij, D. de pecul. l. qui autem.6.§ sciendum. l. pupillus.24. D. quæ in fraud. credit. l.2. C. de annali except. l. debitor. D. de separat.* Aliquin eodem absurdo consequens fiet quod erit longè absurdius, vt si nec chirographum vllum extet, idem ius taciti pignoris creditori non sequatur, & quidē tanto iustiùs quāto benignior & fauorabilior videri debet creditor, qui nullā prorsus debiti sui cautionem, at nec probationem à debitore suo exegerit. Quod enim extantis chirographi faceret agnitio aut denegatio, quidni hoc etiam casu cōfessio aut inficiatio debiti faciet, accedente saltem litis contestatione? Atqui non est ex pragmaticis tam impertitus quisquam, qui errorem hunc adeò inepcum adhuc induxerit. Solet quidem inficiatio calumniosa nocere inficiāti, & in plerisq; causis sua mendacio pœna constituta est, vt puta si possessor directa rei vindicatione conuentus falsò neget se possidere. Transfertur enim ab eo possessio, licèt actor nōdum se dominum esse probauerit *l. vlt. D. de rei vendic.* Quo exemplo idem quoque constitutū Iustinianus voluit in eo qui per quasi Seruianam, & hypothecariam conuentus negauit rem obligatam in bonis debitoris fuisse: vt si non à iure pignoris; cadat saltē à possessione *Auth. istē possessor. C. qui potior. in pignor. hab.* Facit etiam inficiatio nonnumquàm vt obligatio crescat quemadmodum in depositō, & aliis quibusdam causis. *l.1.§.1. l. si quis inficiatus. D. depos. §. sed furti quidem. inst. de actionibus.* Sed vt propter inficiationē contrahatur obligatio pignoris, nusquā proditum est. Noua enim illa obligatio esset, quam nulla accessoria, obligationes autem omnes licèt ex postfacto interdum crescere possint, numquam tamen nisi certis & legitimis modis cōtrahuntur, inter quos non est inficiatio. Agnitio verò chirographi aut confessio debiti multo minus. Nemo enim confitendo & bonam fidem agnoscendo facit conditionem suam deteriorem, nisi hactenus vt pro condemnato habeantur, ex præcedenti nimirum obligatione, quæ iusta & legitima fuit. Nam nec condemnatur quisquam nisi ex obligatione aliqua præcedente, nec rursus condemnatio ipsa facit vt condemnati bona obligata intel

ligantur

ligantur priuſquàm in executione iudicati pignora capta ſint, id eſt per captionem conſtituta *l.à diuo Pio* 15. D. *de re iudicat.* ſicut nec ſi debitor conſtituerit ſe ſoluturum id quod debet, naſcitur ex eo hypotheca vlla, ſed tantùm perſonalis actio prætoria, *l.1. & paſſ. de conſtit. pecun.* Cùm igitur cauſa nulla ſit propter quam creditor chirographarius eo tacitæ hypothecæ priuilegio dignus videri debeat ſiue agnitum ſit chirographum, ſiue denegatum, nec ferendum illud eſt, vt ſine cauſſa priuilegium inducatur. Cæteras enim omnes tacitas hypothecas fauor aliquis extorſit aut ex perſona creditoris, aut propter factum aliquod tacitámve conuẽtionem debitoris, aut denique ratione aliqua publicæ vtilitatis, nec eo tamen minùs neceſſaria fuit Senatuſconſultorum aut conſtitutionum principalium autoritas vt ex iis etiam cauſis hypotheca tacita induceretur, Quemadmodum in ſpecie *l.1. D. in quib. cauſſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. vnic. C. de rei vxor. act. l. aſſiduis* 12. *C. qui potior. in pignor. hab.* Excepto illo caſu quo agitur de mobilibus in prædiũ vrbanum inuectis per conductorem, aut de fructibus ex prædio ruſtico perceptis. Id enim moribus receptum potiùs quàm lege aliqua inductum videtur, vt quæcunque in prædium vrbanum conductor intulit, hoc ipſo ſint tacitè obligata pro penſione, *l. in prædiis* 7. itémque fructus prædiorum ruſticorum *l. eo iure* 3. *cum ſeq. D. in quib. cauſſ. pign.* Sed vtrumque tamen ſumma ratione. Illud, quaſi ex tacita conuentione, cuius coniecturam præbet factum ipſum debitoris res ſuas in alienam domum inferentis, quandoquidem ita faciendi ius nullum habet niſi ex cauſſa conductionis, quæ ipſa eum obligat ad ſolutionẽ penſionis: Hoc verò quia cùm fructus ex fundo percipiantur non tam ſeminis quàm ſoli & dominij iure, *l. qui ſcit* 25. §. 1. D. *de vſur.* conductio autẽ nõ auferat dominium locatori, apparet non alia ratione fieri poſſe vt conductor fructus ex fũdo locato perceptos ſuos faciat, quàm quòd eos percipiat, ex voluntate locatoris, vt Africanus ait in *l. ſi ſeruus* 63. §. *locaui. D. de furt.* locator autem non aliter voluit aut conſenſit vt fierent conductoris, quàm ſi ab eo ſibi penſio ſolueretur. Proinde non tam mirum videri debet, fructus iſtos taciti pignoris vinculo teneri, quàm illud potius quî fieri poſſit vt pignoris iure obligati ſint locatori, in cuius dominio eſſe intelligantur. Neque enim proprię rei pignus conſiſtere poteſt, *l. ne qui pignus* 45. D. *e regul. iur.* Sed hęc ratio ad eos tantùm fructus pertinet, qui nõdum percepti ſunt, nec à ſolo ſeparati, quos conſtat fundi partem eſſe *l. fructus pendentes* 44. D. *de rei vindicat.* non etiam ad perceptos. Fiunt enim illi cõductoris ex perceptione, licèt penſio nondum ſoluta ſit. Itaque in iis pignus tacitum vtiliter conſtitui & potuit & debuit, quia & expreſſum poſſet. Iam verò quod ſtilus noſter ſic habet *ex die agniti aut denegati chirographi hypothecam currere*, & quod idem eſt *debitum chirographariũ ex quo agnitum vel denegatum eſt hypothecã habere*, apertiſſimum eſt ſic accipi debere, ſi qua in ipſo chirographo hypotheca expreſſa contineatur. Nam & ſic dicimus lite conteſtata vſuras currere, *l. lite* 33. D. *de vſur.* non vt ſignificemus vſurarum debitum ex die conteſtationis incipere vt vulgo pleriſque præſertim ex pragmaticis intelligunt (nam ſi contractus bonæ fidei fuit, incipiunt deberi ex mora etiam extraiudiciali, & quæ conteſtationem præceſſerit *l. mora* 32. §. *penult. eod.* ſin ſtricti iuris, ne quidem poſt litem conteſtatam debentur, in eóque à fructibus differunt *l. videamus* 38. §. *ſi actionem, eodem*, vt pluribus à nobis tractatũ eſt *lib.* 15. *Coniectur. cap.* 1.) ſed vt inſinuemus, nouationem illam quæ per litis conteſtationem fieri dicitur,

non facere vt vſuræ quæ iam anteà deberi cœperant, deſinãt currere, ſed currere illas ſuo marte acſi nulla nouatio facta eſſet, quia ſpecies iſta nouationis non ſolet deteriorem facere conditionem creditoris rem ſuam perſequentis, cùm neceſſaria non voluntaria ſit *l. aliam 19.* D. *de nouat.* faceret verò deteriorem ſi ſiſteret curſum vſurarum iam anteà debitarum. Porrò ſicut aliud eſt non ſiſtere vſuras iam currentes, aliud verò earum curſum inducere, ſic & in propoſito aliud eſt, hypothecam ex chirographo currere, aliud tacitam induci. Prius verũ eſt & conſtitutum. Poſterius verò nec conſtitutum eſt, nec iuris aut æquitatis colore vllo, nec rurſum ſine colore & prætextu aliquo conſtitui potuit.

ERROR II.

De vſuris chirographariis.

CREDITORIBVS chirographariis diſplicebit fortaſſe ſuperioris erroris animaduerſio, huius placebit. Si chirographo vſuræ promiſſæ ſint, ſiue in ſpeciem, & vt loquũtur, per modum pœnæ ni ad dictã diem pecunia ſoluatur, ſiue ſimpliciter & abſolutè, ſic nimirum concepta obligatione vt ad certam diem pecunia ſoluatur cum vſuris, hoc etiam ſi voles addito, quincuncibus aut ſemiſſibus, Pragmaticorum noſtrorum frequens ſententia eſt, Poſt multos annos agente ex chirographo creditore, nullam vſurarum fieri poſſe condemnationem, niſi ex quo agnitum chirohraphum eſt vel denegatum. Odio, inquiunt, vſurarum, quarum, remiſſio facilè præſumenda eſt *l. cùm quidam* 17. §. *Diuus Pius* D. *de vſur.* præſertim ſi quod plerunque fit, mutua pecunia fuerit quæ chirographo cauſſam dedit. Vſuras enim fœnebris pecuniæ conſtat non niſi ex ſtipulatione deberi & peti poſſe *l.* 3. *C. de vſur. l. Titius* 34. D. *de præſcript. verb.* Ego verò etſi non inficior vſuras quaſlibet, iis exceptis quæ in vicem & compenſationem eius quod intereſt aut fructuum debentur, eſſe odioſas, quoniam pecunia ſui natura res ſterilis eſt quæ pecuniam gignere non poteſt, ideóque nimirũ non tam ex re quàm iure & ex negotiatione percipi dicuntur. *l. ſi nauis* 62. D. *de rei vindicat.* In ſpecie tamen propoſita nõ dubito quin ex eo tẽpore quo ſolutio fieri debuit, vſurę omnimodo debeãtur, ſi aliud nihil ſit quod cõtrariã ſentẽtiã inducat. Mouet me illud imprimis, quòd qui ex chirographo cõuenitur, nõ pro eo habetur acſi nuda pollicitatione aut nudo pacto ſe obligaſſet: quę obligatio inefficax eſſet ad producẽdã actionẽ, ſed quaſi ex ſtipulatione cõuenitur, cùm inter præſentes chirographũ cõſcriptũ eſt *l.* 1. *C. de cõtr. & cõm ſtipul.* Vtpote quã à pacto nõ tã vis verborũ quàm animus & volũtas cõtrahẽtiũ diſtinguat *l. iuris gẽtiũ* 7. §. *quod ferè.* D *de pact. l.* 1. §. *eũ qui.* D. *conſt. pec.* Ea verò & debitoris chirographũ cõſcribẽtis, & creditoris accipiẽtis haud dubiè volũtas eſt vt efficaciter debitor obligetur, & ita vt ex chirohr. pho cõuenirí poſſit: quod nõ aliter poteſt cõtingere quàm ſi interuenerit ſtipulatio, quãdoquidẽ ex nudo pacto agi nõ poſſet: ex pollicitatione verò multo minùs *d. l. iuris gẽtiũ* §. *igitur nuda.* & *tot. tit.* De *pact.* Quãquã enim præcedẽtis interrogationis quę in ſtipulatione neceſſaria eſt, mentio nulla fit in chirographo, facilè tamẽ colligi & induci poteſt ex ipſo *promittẽdi* verbo, ſiue quòd ſollẽnitas intrinſeca facilè præſumatur, *l. ſciẽdũ* 35. vbi noſtri tractãt *de ver. obl.* ſiue q̃ verba in pleniore & potẽtiore ſignificatione accipiẽda ſint, maximè vt id quod agitur operẽtur *d. l.* 1.

vbi

vbi eſt textus ad hãc rẽ omnino pertinẽs, *C. de contr. & cõmit. ſtipul.* & in *§. ſi ſcriptũ. Inſt. de inut. ſtip.* Nõ quan per chirographũ ſtipulatio contrahatur, aut mutuũ, ſed quia ex chirographo probatur & cõtractũ eſſe mutuũ, & ſtipulationẽ interuenſſe. *arg. l. Publia* 26. § 1. *D. depoſ.* Haud ſecus acſi de ea re publicũ inſtrumẽtũ à notario cõſcriptũ eſſet, quo caſu dubitari minùs poſſet, quin etiamſi nulla ſtipulationis mentio inſerta proponeretur, promiſſor tamen ex eo inſtrumento tanquam ex ſtipulatione probata conuenir poſſet. Cur n. alioqui ad notarium iretur, cuius officium illud eſt, vt etiam abſenti creditori ſtipuletur, ſi ſtipulandi animus non adeſſet? Quid verò intereſt quòd ad ius ipſum obligationis, & ad animum ſe obligandi attinet, vtrum quis per publicã ſcripturam ſe obliget, an per priuatam? Nihil prorſus. Tametſi longè paratior & expeditior ſit actio ex publico, & vt vocant, authentico inſtrumento quàm ex chirographo: Nam nec obligationis executio quicquã cõmune habet cum iure ipſo obligationis. Quòd ſi chirographum abſente creditore cõſcriptum ſit, nec probetur numeratio pecuniæ chirographariæ, alia vtique actio cõpetere non poteſt, quàm cõductio ex chirographo, quæ ſucceſſit in locum obligationis literarum, quandoquidem ſtipulatio inter abſentes cõtracta videri non poteſt §. 1. *Inſtit. de liter. oblig.* Iunct. *l. non figura* 38. *De obli. & action.* Itaque in propoſita quæſtione vſurarum condemnationẽ impedire illud non poteſt, quòd ſtipulatio non interuenerit, nec proinde quòd odioſæ exiſtimentur, quia quantumlibet odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationẽ aut chirographum nudum deductę ſunt, debentur *d. l.* 3. *C. de vſur.* Odium nãque vſurarum non illud efficit vt promitti non poſſint (alioqui nec poſt agnitum aut denegatum chirographum deberentur, ac ne lite quidem conteſtata cùm ex ſtricti iuris contractibus litis cõteſtatio non inducat debitum vſurarum) Nec rurſum vt certi condictione peti non poſſint (id. n. fit propter naturam illius actionis, quæ cùm ſit ſtricta, formari per pactum nequit:) ſed tantùm vt ex nudo pacto peti nequaquam poſſint per actionẽ prę ſcriptis verbis, quomodo peti poſſent acceſſiones frumenti vel hordei mutuo dati *l. frumenti* 12. *eo tit.* quæ ideo fauorabiliores certè ſunt quòd huiuſmodi mercium æſtimatio incerta ſit, non vt pecuniæ in republica benè adminiſtrata, ſemper ſibi conſtans *l. oleo* 23. *eod.* Iunct. *l.* 3. *D. de in lit. iur.* Nec rurſus eſt quod quis obiiciat, ſi tibi decem credidero ſic vt vndecim debeas, non plus quàm decẽ condici poſſe *l. tibi* 17. *D. de pact. l. rogaſti* 11. *§. ſi tibi. de reb. cred.* Id enim fit, non quia pactũ illud æquè nudũ ſit (error. n. ille eſt *Iacobi Cuiacij* mordicus defẽdẽtis omnia pacta eſſe nuda, cũ ſi in cõtinenti ſit adiectũ, veſtiatur, vt noſtrorũ verbo vtar, cohærẽtia cõtractus) ſed quia licèt nudũ nõ ſit, actionẽ tamẽ ex cõtractu formare nõ poteſt. An hoc ipſum verò vt pleriq; putãt, quòd cõtractus mutui ſit ſtricti iuris? Minimè. Nã & ſtipulatio cõtractus eſt ſtricti iuris, & tamẽ pacta in cõtinenti poſt ſtipulationẽ facta ei credũtur ineſſe, etiã vt actionẽ ex eo cõtractu forment, *l. lecta* 40. *D. de reb. cre.* ſed quia mutui obligatio nõ niſi re cõtrahitur, re autẽ contrahi obligatio vltra quàm reuera datũ, & numeratũ ſic non poteſt *l. cùm vltra* 9. *C. de non num. pec.* Quare nec aliud eſſet, etiamſi depoſitum, quod bonæ fidei eſt, eadem lege & conditione factum proponeretur, quoniam re contrahitur ſicut & mutuũ *§. is quoque. Inſtit. quib. mo. re cont. obl.* Et cũ dicimus acceſſiones frumenti vel hordei, vel olei mutuò dati, etiã ex nudo pacto prę ſtãdas eſſe, nõ ſic intelligimus vt cõdictione ex mutuo peti poſſint (nihil. n. aliud ea actione peti poteſt, quàm quod re-

uera creditū est) nec rursum actione propria ex pacto, quę iure ciuili nulla est, sed ad actionē præscriptis verbis respicimus, quæ competit ex conuentionibus omnibus efficacibus quidem ad producendam actionem, sed proprium nomen non habētibus *l.1.l.natur.5.d.l. Titius 34.& pass. De præsc. ver. l.cū mota 6.C.de trāss.vlt.C.de rer.permu.* Cuiusmodi est pactio illa De mercis mutuo datæ accessionibus præstandis, cùm in continenti post cōtractū mutuum aut in ipso contractu adposita est, quoniā, vt diximus, licèt non sit nuda propterea quòd ineſt contractui hactenùs vt dici possit non fuisse creditorem aliter contracturū, actionē tamen ex contractu formare non potest, id est facere vt actio ex contractu detur ad id quod pacto comprehensum est, aliáque proinde actione est opus. At cùm causa mutui conuertitur in stipulationē, quod fit quoties pecuniæ creditæ nomine stipulatio interponitur *l. cū enim 5.& l.præced. D.rat.rem.hab.* pactū incontinenti adpositū sufficere posset vt vsuræ deberentur, adeóque ex stipulatu peterentur, nec vsurarum odiū repugnaret *d l.lecta*, quia cùm stipulatio à pacto non nisi animo stipulandi aut paciscēdi differat, ferè est vt quoties statim post stipulationē pactū initur, idē stipulandi animus qui paullo antè fuit adhuc superesse videatur. Ideóque facilè fit vt actio ex stipulatu formetur per pactū, nec quicquā est, quod prohibeat. Multo igitur magis vsuræ ex stipulatione præstandæ erunt, si in stipulatum deductæ sint cum sorte principali, & ex chirographo peti poterunt. Nam etsi vsuræ nullæ promissæ essent, hoc ipso tamen quod sua certaque die soluenda fuit pecunia, nec soluta est, daretur creditori actio ex stipulatu ad id quod sua interesset: & quidem ex vi stipulationis, ne aliquo dies frustrà & inutiliter adiecta videretur *l.si Calendis 10.D.de re iudic.l. si fundum certo die 114.de verb.oblig.* Nam ratione pecuniæ certo tempore aut loco debitę id quod interest præstari non est nouum *d.l.3. D.de in lit.iurand.l.quod si Ephesi 4.de eo quod cert.loco.* & nos explicauimus *lib.15.Conect cap 3.* Quidni ergo vsuræ debeantur quasi in vicem & taxationem eius quod interest, ex consilio *I.C.in l.vlt.de prætor.stipulat.* Ex quo etiam responderi potest ad id quod paullò antè dicebamus de odio vsurarum. Vsuræ enim illæ demum odiosæ sunt quæ tanquam vsuræ debentur, non quæ pro eo quod verè interest creditoris, non magis quàm quæ vice & loco fructuū *d.l.cum hoc 5.C.de act.emp.* Quanto autē æquius est deberi eas si præter diei adiectionē per modū pœnæ sint promissæ? Est enim generale est vt quoties stipulationi inserta est certa dies, si subiecta sit pœna dies interpellet pro homine ad committendā pœnam, nec alia vlla siue iudicialis siue extraiudicialis petitio necessaria sit *vulg.l. magnā C.de cont.& comm.stip.* Pœna nulla cēsetur adiecta ob hoc solùm ne post morā debitoris quærendum sit an interfit creditoris *l.stip.ista 38. §.alteri de verbor.obl.* aut animo taxandi eius quod interest *d.l.vlt.de præt.stipul.* Quòd si vsuræ non per cōminationem pœnæ, vt plerūque fit, his verbis vulgaribus *sub pœna expensarū damnorū etiam interesse*, sed absolutè promissę sint hoc modo *cū expensis, damnis & interesse*, longè minorem dubitationē res habet, quin vsuræ ex ea promissione debeantur à die finiti, vt aiunt, termini, cū sint in præcisa obligatione, cuius vtique maiorē vim esse conuenit quàm cōminationis. Illud sanè fateor vsurarū remissionē facilè præsumi, id est facilius quàm cæterarū rerum, quia cùm in cæteris rebus tria concurrere necesse sit, ad inducēdam tacitam debiti remissionem, taciturnitatē longi temporis, id est decēnij inter præsentes, aut vicennij inter absentes, proximā consanguinitatem &

actum

Digitized by Google

actum aliquem tacitæ remiſſionis qualis ille eſſe poteſt ſi ſæpiùs redditæ ſint rationes *l. Procula* 29. D. *de probation.* in remittendis tamen vſuris ſufficit interuenisſe conſanguinitatem proximam & longi temporis taciturnitatem. *d. §. Diuus Pius.* Ergo ſi aut conſanguinitas nulla ſit inter debitorem & creditorem, aut breuius tempus quàm decennij interceſſerit cùm ex chirographo vſuræ petentur, cur remiſſæ præſumentur? Nunquam ſiquidem ei qui tardiùs agit imputandum eſt cur non citiùs egerit, dummodo agat intra tempus conſtitutum, id eſt dummodo, à iure agendi nondum ſit tempore exclusus; ſciunt enim ius ſuum ſibi competere & durare *arg. §. non videtur l. ſicut* 8. D. *quibus mod. pign. vel. hypoth. ſoluit.* Adde quòd tacita vlla vſurarum remiſſio ad eas tantum vſuras pertinet, quæ ſunt odioſiores, id eſt quæ tanquam vſuræ debentur, non ad eas quæ iure eius quod intereſt, aut in vicem fructuum. Denique vt errorem iſtum pragmaticorum detegamus apertiùs, finge nihil chirographo cautum eſſe de vſuris, ſed tantùm ex facto proposi conueniſſe inter debitorem & creditorem de iis præſtandis ni ad diem pecunia ſolueretur. Non eſt ex pragmaticis qui dubitet quin ea conuentione probata vſuræ debeantur, etiáſi nulla interpellatio ſecuta ſit? Quidni enim? cum conuentio iuſta ſit, nec legibus aut bonis moribus contraria? Atqui ea ipſa conuentio probatur per chirographum in quo continetur. Quænam autem apertior, aut certior probatio eſt, quàm quę ſit per aduerſarij non ſolùm confeſſionem ſed etiam ſcripturam? Ergo concludendum eſt promiſſas quouis modo vſuras creditori præſtandas & adiudicandas eſſe, ad finem vſque quincuncium, (quæ frequentiores vſuræ noſtris temporibus ſunt) tametſi ex chirographo petantur. Non enim agnitio aut denegatio chirographi inducit obligationẽ, ſed proficit ad eam quæ iam inducta eſt efficaciter & ſine fraudis ſuſpicione exercendam: Hoc tamen ſemper exceptum nolo, ne quid ex ea chirographaria obligatione præiudicij cæteris creditoribus generetur, antequam agnitio aut denegatio facta ſit, quæ omnem fraudis & prælatæ eius ſuſpicionem excludat. In ſumma, vſuras promiſſas, per chirographum ex eo tempore præſtari volo quod in conuentione deductum eſt, ſolius debitoris incommodo, & damno, non etiam aliorum creditorum, quibus nec ipſius ſortis obligatio chirographaria noceret.

ERROR TERTIVS.

De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta.

SVPERIORIBVS erroribus hic quoque neceſſariò coniungendus fuit. Nam verſatur etiá circa chirographarias obligationes. Pragmaticis placet, Bonis omnibus debitoris per chirographum expreſſim obligatis non priùs tamẽ ex chirographo hypothecá cõpetere, nec conſequẽter hypothecariá exerceri poſſe, quàm chirographũ agnitũ ſit aut denegatũ, ideóq; condemnandũ creditorẽ qui prius hypothecaria egerit, nec malè & præpoſterè inſtitutá actionẽ ex eo conualeſcere poſſe, quòd ex poſtfacto appareat chirographarium pignus fuiſſe, mouentur hoc vno rationis prætextu quòd chirographaria obligatio nullas prorſus vires habeat, antequam chirographum agnitum ſit aut denegatum. Quæ ratio euidenter falſa eſt. Iam. n. à quo tẽpore mutuũ cõtra

ctum est,& chirographum conscriptum, contractam quoque esse obligationem, nec eam solùm, sed etiam chirographum vires habuisse fatẽdum est:& consequenter pignus quod in chirographo continetur *l.creditricem.7.C.de remiss.pignor.* Nã licet scripturæ fides sit suspecta quod ad alios attinet, in quorũ necem collusio intercedere potuit debitoris & chirographarij creditoris, tamen quod ad ipsum debitorem pertinet, qui fraudem sibi ipsi facere non potest, quænam obsecro res impediet ne ex die conscripti chirographi obligatus censeatur? Agnito nimirum quandocumque postea chirographo, aut per literarum comparationem vel per testes probato, quibus duobus modis probari potest chirographi veritas, si per malam debitoris fidẽ denegetur. Non enim agnitio chirographi inducit pignus non magis quàm obligationem ipsam sortis, sed eam quæ iam antè contracta fuit, qualis sit & fuerit declarat: sicuti de sententia iudicis dici solet, non tam acquiri per eam ius victori, quàm ius illud quod ante habuit, declarari. Et verò quis dicat scripturam esse necessariam ad constituendum pignus, aut aliud contractus genus iis exceptis contractibus qui in scriptis fieri dicuntur? de quibus in *l.contractus 23.C.de fid.instrum.* Ad futuram duntaxat rei gestæ memoriã & probationem scriptura adhibetur *l.contrahitur 4.D.de pignor.* hypotheca autem nuda voluntate & solo consensu contrahitur. Quòd si scriptura ad contrahendum pignus necessaria non fuit, sufficiente scilicet sola pignoris conuentione, multo minùs necessaria erit scripturæ probatio vt in eum vsque diem pignoris vtiliter contracti vis & potestas suspendatur. Sed & finge nullum in chirographo diem expressum esse,ac ne consulem quidem, id est,annum quo chirographum conscriptum est. Nemo idcirco dixerit chirographum nullius fore momenti, si modò constet siue per debitoris confessionem, siue per quas alias legitimas probationes à debitore ipso scriptum aut subscriptum esse. Sed & pignus,si quod in eo conuentum fuit,valebit, & quidem ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum erit conuentum fuisse. *l. cùm tabernam.§.idem quæsit D.de pignor.* Cur ergo dicamus duriorem esse debere conditionem creditoris chirographum proferentis, habens diem & Consulem? Nam etsi nullum omnino chirographum conscriptum fuisset, tamen pignoris conuentionem per testes probatam esse sufficeret, nec quisquam dubitaret, quin probatio contracti pignoris ad eum diem quo contractum esset,retrotraheretur. Id enim generale & perpetuum est in probationibus omnibus vt ad rei gestæ tempus retrotrahantur, quando non quid nunc sit, sed quid anteà gestum fuerit probatum est: Nisi ea probatio sit quæ laboret suspicione fraudis, cuiusmodi sanè illa est, quæ fit per chirographũ, sed ratione aliorum creditorum duntaxat, qui medio tempore superuenerunt, qui scilicet iustam causam habent verendi ne quid in eorum necem prælato die factum sit, non autem ratione ipsius debitoris, qui, vt dixi, fraudem sibi ipsi facere nullomodo potest. Quo argumento dicerem intrepidè, si negotij in chirographum deducti veritas non per chirographum ipsum, id est per solam debitoris confessionem, aut quod hac parte idem est, per literarum comparationem, sed per testes probaretur vtilem existimandam fore & efficacem pignoris conuentionem, ex eo die quo chirographum conscriptum esset, non modò in præiudicium ipsius debitoris, sed aliorum etiam creditorum,nec solùm quod ad debitum sortis,sed etiam quod ad vsuras si quæ chirographo promissæ sint, siue absolutè, siue in pœnam,

quia

quia ceſſante ſuſpicione fraudis propter vrgentes in contrarium veritatis probationes, nihil cauſſæ eſt cur conuentionis ſuæ fructu & emolumento priuari iuſtus creditor debeat. Illa.n.fraudis præſumptio aut potiùs ſuſpicio, iuris tantùm eſt,non etiam de iure, quomodo iidem pragmatici loquuntur, & ideò probationem contrariam admittit, & probationi cedit. Nam & ob hanc cauſam conſtitutum eſt in *l.ſcripturas* 14.*C.qui potior.in pignor.habeant.* vt ſuum inter cæteros creditores hypothecarias locum & ordinem obtineát chirographarij, ſi chirographarium quoque pignus habeant, & chirographum à tribus teſtibus idoneis & probæ famæ ſubſcriptum proponatur: quòd eo caſu nulla fraudis ſuſpicio ſubſit. Ergo concludendum eſt chirographarium creditorem eundemque hypothecarium ſi ante agnitum chirographum hypothecaria egerit, non minùs rectè egiſſe videri, quàm ſi pignoris conuentio in publicum inſtrumentum collata eſſet, quia nec magis hoc quàm illo caſu intereſt debitoris, quem verum eſt & debitorem eſſe, & res ſuas obligaſſe.

ERROR QVARTVS.

De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus anteriorem.

CREDITORIS pignus poſſidentis ius illud eſt, vt à poſterioribus creditoribus licèt hypothecariis non aliter conueniri poſſit,quàm ſi ei quicquid debetur tam acceſſionum omniũ quàm ſortis nomine offeratur. Qui enim prior eſt tempore potior eſt iure vulg.*l.1. l.potior. l.qui balneum.* & paſſ. *D. qui potior.in pignor.habeant.l.1. C.eod.* Nec cogitur creditor anterior pati diſtractionẽ pignoris, tametſi multo pluris ſit pignus, quàm quod debetur, quia quanto minus eſt quod debetur, tanto amplior eſt facultas offerendi, & conſequenter tanto magis imputari poteſt creditori poſteriori, cur non offerat, cùm offerendo poſſit cõfirmare ſuum pignus,atque ita poſtmodum per diſtractionem rei obligatæ conſequi ſolutionem eius quod ſibi debetur. At quid ſi poſterior creditor adeò pauper & egens ſit, vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori? An debiti ſui iacturam aut longiores moras pati cogetur, ſi fortè nulla alia bona debitor habeat quàm quæ anterior creditor poſſidet? Ita ſanè eſt. Numquam enim creditoris anterioris ius ex poſterioris conditione immutari poteſt, nec eius qui ſibi ab initio diligenter proſpexit pignus accipiendo, quicquam intereſt cũ quo poſteà debitor contrahat, an cum diuite,an cum egeno,aut an diues paupérve ſit is à quo conuenitur.Sufficit enim quòd paratus ſit vti iure communi. Neq; verò difficultas præſtationis ſolet nocere, ne ſtipulatori quidẽ, quominùs promiſſor ad dandũ obligetur *l.continuus* 137.*§.illud de verb.obli.* Sicut nec quòd difficilis ſit explicatio pecuniæ,facit vt eo minùs poteſtatiua dicatur cõditio quæ in dãda pecunia conſiſtit.Quanto minùs ergo nocebit ei,cum quo nihil contractũ eſt?Quemadmodũ enim dicimus,iniquum eſſe eum qui cũ pupillo nõ cõtraxerit, cogi expectare pupilli pubertatẽ *l.apud Iulia.3. D.qui.ex cauſ.*

in possess. eat. Ita nec ferendum est vt qui cum egeno non contraxit, sed cum diuite & locuplete debitore, ob id solum iure suo cõmunique vti prohibeatur, quòd idem debitor cum alio inope & egeno postea cõtraxerit. Cur enim cogatur expectare aut optare vt augeantur posteriores creditoris facultates? Præsertim cùm ipse possideat, & a posteriore creditore vltro inquietetur? Nec distinguemus an per traditionem possessor factus sit, an quod frequentius est, per clausulam constituti, cùm vtroque modo possessionem veram habeat non modò ciuilem, sed etiam naturalem, realem, & vt pragmatici loquuntur, actualem *l. quod meo* 18. D. *de acquir. poss.* Nam etsi non possideret, sed posterior ipse creditor, tamen non aliter submoueri posset anterior agens hypothecaria, & alienam auocans possessionem, quàm si ei posterior omne debitũ cũ legitimis accessionibus offerret, quia neque pignus vllũ habere posterior creditor priùs intelligitur, quàm priorẽ dimiserit, quod nõ fit nisi soluto aut saltem oblato re vera eo quod debetur: hoc autẽ facto pignus secũdi creditoris tum demũ cõfirmatũ esse intelligitur. Sed nec posterior creditor plus iuris habere potest quàm debitor à quo causam habet. Debitor autẽ nõ posset citra oblationem turbare possessionem pignoris, quod datum est anteriori creditori. Atqui, inquies, posset debitor ipse pignus vẽdere, ea saltem lege vt ex pretio creditori satisfieret. Quidni ergo posterior creditor vendere poterit? Ná & cùm creditore postulãte pignus distrahitur, debitor ipse distrahere intelligitur. Respondeo plus iuris habere debitorem, quia dominus pignoris est, quàm creditorẽ qui neq; dominiũ habet, neq; vllũ, vt dixi pignus, nisi post dimissos omnes anteriores. Hæc quãquã ita sunt, & ex vera tritaque iuris ratione verissimè disputãtur, ignauit tamẽ apud nos ab annis aliquot, error pragmaticorum exultimantium creditorem anteriorẽ nõ solũ si agat, sed etiá si cõueniatur per posteriorẽ, non habere ius prohibendi quominus distrahatur pignus, vt ex pretio satisfiat vtrique suo ordine, hoc tantùm addito temperamento, vti ne priùs possessio pignoris anteriori creditori auferatur, quàm ipsi omnino, & ad vltimum vsque quadrantem satisfactum sit. Cui errori causam dedisse videtur ratio illa æquitatis, quòd cùm ius pignoris solui possit quandocumque, & quomodocumque soluto debito, nihil videatur interesse creditoris anterioris, vtrum ex pecunia posterioris, an ex ipsius pignoris pretio dimittatur, dummodo suum consequatur, & quidem suo ordine, nec priusquàm consecutus sit, possessione sua priuetur. Posterioris verò creditoris ex contrario potest quàmmaximè interesse si fortè præ nimia egestate pecuniam nequeat explicare ad offerendum: quo casu durum sanè videtur cogi eum debiti iacturam facere, si ex pignoris pretio vterque creditor dimitti queat, præsertim si alia nulla sint debitoris bona in quæ experiri posterior creditor possit. Et sanè memini Senatum nostrum cùm viduæ & pauperculæ cuiusdam dotem repetentis causa tractaretur, hoc ei priuilegium indulsisse, vt audiretur petens distractionem pignoris, quod anterior quidam creditor possidebat, nec debitum offerre cogeretur. Fauore nimirum dotis, quàm alioqui amissura erat mulier, & fame periclitatura, cùm non haberet vnde offeret. Quæ sententia ideo mihi placebat, non solùm quòd manifestissima æquitate nitebatur, cùm spectet ad publicam vtilitatem vt dotes conseruentur (æquitas enim ex publica, non ex huius aut illius hominis vtilitate æstimanda semper est) sed etiam quia ex Iustiniani constitutionibus iniquissimis sanè, verumtamen aperti-

Digitized by Google

apertissimis, ita ius comparatū est, vt creditoribus omnibus licèt anteriorib. adeóque expressam hypothecam habentibus mulier præferatur. *l. assiduis. 12. C. qui potior. in pignor hab.* quemadmodum pluribus à nobis comprobatum est. *lib. 7. Comest. cap. 16.* Sed extra causam dotis numquam patiar tam apertè vim fieri legibus vt nescio quo æquitatis prætextu iura omnia quæ extant in libris nostris De iure offerendi, conuellantur & antiquentur. Quis enim posterior creditor non hanc potiùs viam eligat distrahendi pignoris, quod nullo suo incommodo facturus sit, quàm pecuniæ pro debito offerendæ? Et tamen ius illud quod Senatus noster in causa dotium singulari earum priuilegio, nec nisi concurrente paupertatis fauore induxerat, paulatim à pragmaticis nostris tractum est ad omnes omnino creditores, quantumuis locupletes, adeóque quod magis mirum est, licèt alia sint bona, ex quibus posterioris creditoris indemnitati consuli possit. Quæ res impugnat maximè vtilitatem non tantùm debitoris, sed etiam aliorum creditorum posteriorum, si qui sint, quibus inuitis ea pignoris distractio fiat propter expensas publicarum actionum, & laudimia, quæ ex iis debentur. Nemo enim dubitat quin si postea ex quacunque causa distractio, quæ bona fide facta est, per alios creditores reuocetur, restituendum sit emptori quicquid illi abest, siue extraneus ille sit, siue is ipse creditor, qui pignus distrahi curauit. Vnde fieri necesse est vt tanto minus sit in bonis debitoris, atque ita posteriores creditores in damno morentur, quibus satisfieri fortassis potuisset, si ius commune inter priores locum habuisset. Etsi enim neque debitor neque posterior creditor venditionem pignoris impedire potest *l. 1. & tot. tit. Debit. vend. pign. imp. non poss. l. vlt. C. si antiq. credit. pign. vend.* æquum tamen est creditoribus omnibus, adeóque ipsi debitori consuli, quantum fieri potest ex iuris communis ratione, neque prohibendus est anterior creditor, qui ius habet prohibendæ distractionis pignoris, quomin⁹ ius suo vtatur, si fauere velit debitori, ne noua sumptuū & laudimiorū accessione pauperior fiat. Quod verò pragmatici pro sententia sua tuenda adiecerunt *legem Pro debito 7. C. de bon. auctor. iudic. possid.* vbi scriptū est, singulis creditoribus satisfieri debere ex bonis debitoris pro mensura debiti, ridiculum est. Pertinet enim lex illa, vt & totus ipse titulus ad chirographarios creditores, personalem duntaxat actionem habentes, non ad hypothecarios. Nā inter chirographarios, nullus ordo est cùm par sit ius omnium, nisi si qui sint priuilegiarij ex priuilegiata debiti causa. *l. priuilegia 42. D. eod.* Vnde etiam fit, vt qui ex creditoribus solus missus est in possessionem bonorum debitoris, omnium nomine missus intelligatur. *l. cùm vnus 12. D. de reb. auctor. iudic. possid.* Nimirum pro sui quisque debiti mensura, quod Galli dicunt *à sold & à liure.* At inter hypothecarios ordo tēporis seruatur, vt prioribus priore loco satisfieri oporteat, & quidem in solidum per ius offerendi, si inuitis iis posteriores distrahi pignora velint, qui scilicet nec pignus vllum, vt diximus, habere intelliguntur, quandiu prioris creditoris ius subsistit, sed diuisso demum priore creditore ius & pignus sequentium confirmatur, nisi forte quis eadem audacia contendere velit, Etiam chirographariis creditoribus nullam hypothecam habentibus, permittendum esse vt petāt distractionem pignoris ab anteriore creditore possessi. Eadem enim hic vrget æquitas illa, vt sine anterioris creditoris incommodo cæteris satisfiat. Et tamen nemo non videt, multo magis alienum ad fore à iuris ratione, nec pragmatici ipsi negarent, si non ex chirographariis creditoribus facerent hy-

pothecarios, inducendo tacitam hypothecã ex ſola chirographi agnitione, vt ſcripſimus *in Errore*. Melius facere pro pragmaticis videtur, quod ſcriptũ eſt in *l. quamuis* 6. *D. de pignor. act.* ſecundùm Atilicini ſententiam, cogendũ ex cauſa creditorem vt pignus vẽdat. Quid enim, inquit lex, ſi multo minus ſit, quod debeatur, & hodie pluris venire poſſit pignus, quàm poſteà? Sed obſeruandum eſt, primùm ſententiam illam Atilicini eo loco reprobari à Triboniano, cui inhumanum videtur cogi creditorem pignus vendere: at melius eſſe vt debitor ipſe vendat, & creditori ſatisfaciat. Quis autem permittat poſteriori creditori vt vendat, cùm nec dominiũ habeat nec pignus, vt dixi niſi poſt dimiſſos anteriores creditores? Deinde ita ſenſiſſe Atilicinum vno illo caſu quo debitor ſoluendo non eſſet, id eſt debitum offerre non poſſet. Item quo non poſſet pignus alio tempore tanti venire. Itaque vel ex illo maximè loco pragmaticorum error conuincendus eſt. Sanè temperamentum ſaltem hoc pragmaticis quoque placere deberet, vt eo demũ & vno caſu poſſet creditor poſterior diſtractionem pignoris petere inuito anteriore, quo per egeſtatem impediretur, ne offerre poſſet, nec alia bona eſſent debitoris, in quæ hypothecariã exercere liceret, nimirum vt à iure communi quàm minimùm fieri poſſet, recederetur, arg. *d. l. quamuis* 6. *D. de pignor. act.* De qua ſi plura videre voles, legenda ſunt quæ ſcripſi *lib.* 8. *Coniect. cap.* 18.

ERROR QVINTVS.

De pignoris venditione facta per creditorem iure creditoris.

SEPARANDA eſt pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris ab ea quæ fit autoritate iudicis poſtulante creditore. Priore caſu ſi venditio ritè rectéque facta ſit, id eſt non ſolùm pro debito, ſed etiam ſeruatis ſolennibus. *l.* 4. *C. de diſtr. pign. l.* 4. *C. ſi vendit. pignor. agat.* ſecurus eſt emptor, nec ab aliis creditoribus poſterioribus inquietari poteſt. *l.* 1. *C. ſi antiq. cred. pign. vendid.* licèt alioqui futurũ ſit vt morẽtur in damno, quia nõ aliud ius habere poſſunt, quàm quod ſibi quæſierint ex perſona debitoris. Emptor autem non à debitore ius habere intelligitur, ſed à creditore qui ipſe vendidit & quidem ſuo iure, quique tametſi dominus non fuerit, plenum tamen dominium tranſtulit in emptorem, quia vendidit ex voluntate debitoris qui dominus fuit. *l. qui à creditore.* 18. *C. de diſtract. pignor.* Hic enim vnus caſus eſt ex iis, in quibus ille qui non eſt dominus transferre dominium nihilominùs poteſt. §. 1. *Inſtit. quib. alien. lic. vel non.* Et ad hunc caſum pertinent leges omnes quæ ſunt ſub titulis *C. de diſt. act. pignor. Si antiq. credit. pignor. vendid. Credit. pignor. euict. non deber. Si vendit. pignor. agat.* Poſteriore verò caſu creditoribus poſterioribus offerẽdi ius cõpetit aduerſus emptorẽ etiã extraneum. *l.* 3 §. 1. *de diſtract. pignor.* quia emptor non à creditore, quo poſtulante facta venditio eſt, ſed à debitore ipſo cauſam habere intelligitur. Factum enim iudicis cuius autoritas interuenit, cenſetur factum partis, id eſt debitoris, cuius res eſt quæ diſtrahitur, haud ſecus acſi ipſius quoque iudicis autoritate pignus conſtitutum eſſet. *l.* 1. *&* 2. *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Vnde illud etiam fit, vt euicta re vendita debitor de euictione teneatur, perinde acſi ipſe vendidiſſet. *l. ſi ob cauſam.* 13. *C. de euict.* Item vt quamuis creditor, qui pi-

qui pignoratam rem vendit iure creditoris, eam ipse emere aut per se, aut per alium nequeat, tamen emere sine dubio possit si debitor ipse aut iudex nomine debitoris distrahat. *l. & qui sub imagine. 10. C. de distract. pignor.* Ergò si ratio in pretio vltra dimidiam intertuerit, necesse non est creditores posteriores implorare auxilium nouæ constitutionis ad rescindendā ex ea causa venditionem, quomodo debitori necesse esset. *l. 2. C. de resend vendit.* quia saluū habent ius commune, quod non similiter contingit superiore casu, id est facta per creditorem ipsum venditione proprio iure, quoniam neque offerendi ius vllum superest. *d. l. 3. in princip. l. 2. C. si antiq. credit.* neque venditionem ab alio factam rescindere alius potest qui à venditore ipso nullum ius habeat, posteriores autem creditores ab anteriore nullum ius habent. Similiter dicēdum est intra semestre quod statuto nostro debitoribus datū est ad redimenda pignora, quæ iudicis autoritate distracta fuerūt, ius esse posterioribus creditoribus luendi pignoris & offerendi emptori quicquid ei abest, cum legitimis accessionibus, quia vt constituent suum pignus vti possunt iure debitoris. *l. 1. C. qui potior. in pign. hab.* Debitor autem totum illud tempus liberū habet ad pignus redimendum. At si venditio pignoris ab ipso creditore facta esset, iure creditoris nullum luendi, aut vt melius dicam redimendi pignoris ius haberent posteriores creditores, quia nec debitor haberet; cùm semestre illud statutarium ad publicas tantùm auctiones pertineat, quæ ipsius debitoris nomine fiunt, non etiam à cæteras, quia nec redimendi ius habere alius potest, quàm qui vendidit, aut qui certetur iure venditoris. Et sanè fuit æquissimum agi mitiùs cum debitore, cuius inuiti factum iudex supplet in vēdendo pignore, quàm cum eo cuius factum & consensus intercessit, nō quidem in vendendo, sed mutanda creditoris licentia vendendi, quam vtique dedisse videtur illo etiam casu quo nihil de vendendo pignore dictum est, dum ne in contrarium nihil dictum sit, *l. 4. D. de pignor. act.* sibi enim imputet, qui cū creditore sic contraxit, eique venditionis faciendæ ius & facultatē aut dedit, aut non abstulit cùm posset id facere per conuentionem *l. 3. D. quæ res pignor.* Adeò vt etiā si creditoris dolus & collusio intercesserit in vendendo, nihil tamen aduersus emptorem constitui debeat quamdiu creditor ipse indemnitati præstandæ idoneus est. *l. 1. 3. 4. & 8. C. si vendit. pign. agat. l. si cessante. 7. C. de distr. pignor.* quia iustus est debitori teneri eum qui cum debitore cōtraxit, quàm eum qui non contraxit. Pragmatici tamen nostri manifesta iuris ignoratione distinctionem hic nullā admittentes sic passim loquuntur, vt dicant iure creditoris eum vēdere quo postulante venditio fit publica auctione. Indèque alij errores quàm plurimi nascuntur, dum leges quæ de creditore distrahente tractant, ad eum casum accommodant, quo venditio fiat per iudicem nomine debitoris postulante creditore.

ERROR SEXTVS.

De iterata pignoris venditione.

PROXIME diximus, eum qui emit à creditore vendente iure creditoris securum esse, nec à debitore aut posterioribus debitoris creditoribus inquietari posse: idque verissimū est *l. 1. & 2. C. si anti. credit.*

pign. vendid. l. 3. in princip. D. de distr. pignor. Vnus ille tantùm casus excipiendus est, si contra bonam fidem, neq; seruatis solennibus creditor vendiderit, puta ignorante aut aliter circumuento debitore, & emptor fraudem participauerit *l. 4. C. de distr. pignor.* imò *d. pen. C. si vend. pign. agat.* Nimirum si creditor non sit soluendo ad indemnitatem debitori præstandam. Sic enim accipi debere, constat ex *l. 1. & 3. eodem.* Nam hoc casu sicuti competit actio debitori ad reuocanda, quæ omnia, quæ mala fide gesta esse cõstiterit, ita vt fructuum quoque & damni quod interogatum apparuerit, rationem haberi oporteat, ita posteriores creditoribus ab eo debitore causam habentibus prospici æquum est vt eodem iure vti & exiterata pignoris distractione suum consequi possint. Et quod sic primum est in *d. l. 1. C. si antiq. credit. pign. vend.* Vendito per anteriorem creditorem pignore, persecutionem hypothecariã posteriori superesse non posse, nemo dubitat, quin non aliter absolutè verum esse possit, quàm si prior venditio ritè, rectèque facta sit. Licèt etiam tùm cùm malè facta est, dolum quoque participante emptore, hactenus emptori faueamus, vt nõ prius inquietari eum patiamur, quàm constiterit indemnitatem debitori vel creditoribus cæteris, ab ipso creditore qui malè vendidit, præstari non posse. At cùm postulante creditore pignus autoritate iudiciali distractum fuit (qui frequentissimus nostris temporibus distrahendorum pignorum mos est: vix enim vllum erit vt creditor vendat iure creditoris, quamuis suo iure liberam habeat etiam cùm mihi dictum est, distrahendi pignoris facultatem. *l. 4. D. de pignor. act.*) quemadmodum debitor ipse non creditor vendere intelligitur, ita euenire necesse est vt perinde salua sit persecutio pignoris posterioribus creditoribus aduersus emptorem quo pignus iam semel venditum, quantumuis bona fide iterum distrahatur, ac si ab ipso debitore vel venditum esset vel datum in solutum. Quod si factum fuisset, vtique dubitari non oporteret quin facto debitoris adempta posteriori creditori actio non esset. Neque enim fieri vnquam potest vt quis facto suo alienam perimat actionem, aut vt debitorum pactiombus, creditorum iuri derogetur. *l. debitorum. 25. C. de pact. l. 2. & pass. C. de remiss. pignor.* Nec distinguemus an creditor ipse vice extranei emerit quasi in solutum accepto pignore, vt in *l. 1. & 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* an alius omnino extraneus. Nam & si debitor anteriori creditori pignus in solutum dedisset, non idcirco persecutionẽ hypothecariam posteriori creditori competentem, aut potiùs offeredi ius (quod soli ante competit ante oblationem & obsignationem debiti, quæ ipsa demum inducit hypothecam & hypothecariam pro secundo creditore) peremisse diceretur, non magis quàm si aut alij prorsus extraneo vendidisset, aut posteriori creditori in solutum dedisset. *d. l. 1. C. si antiq. credit. pign. vend. id. l. 3. D. de distr. pignor.* Sicut &, si primo creditori secundus obtulisset atque ita pignus confirmasset, aut à primo creditore ritè comparasset, non eo minùs secundo creditori tertius offerre posset, quamuis emptionis titulo secundus tenuerit pignus, quia non tam acquirendi dominij, quàm seruandi & cõfirmandi pignoris sui causa pecuniam dedisse intelligitur, *l. cum seruandus. §. 1. l. seq. eod.* quod etiam obtinet in eo qui successit in ius fideiussoris. *l. 2. eod.* Imò & in fideiussore qui emit à creditore. Hic enim licèt emerit, non tamen similis habendus est extraneo emptori. *l. si mandatu. §. 1. D. mandat.* Quid autem referre potest an debitor ipse priuata pactione pignus distrahat, an apparitor iudicis, hominie debitoris imperante iudice, & creditore requirente?

Differentia

Differentia tantùm in eo eſt quòd hoc poſteriore caſu venditio publicè fit, ſolet autem publicarũ venditionũ maior eſſe vis, non ſolùm propter interuenientem iudicis autoritatem, ſed etiam quia cæteri creditores cùm ſcire potuerint id quod publicè fiebat, intercedere pro ſuo iure ſibiq; proſpicere potuerunt, non ad impediendam pignoris venditionem, quam creditor anterior vrgeret (nõ magis enim poſſunt impedire quàm ipſe debitor, vt ſuperiore capite dictum eſt) ſed pluris licitando, aut alium emptorem ſubiiciendo pluris licitaturum, vt ex precio vtrique creditori commodè ſatisfieri poſſet: quòd ſi nõ fecerint, videri poſſunt ius ſuum remiſiſſe, quomodo & ij omnes, qui rem ſibi obligatam diſtrahi non ſolùm patiuntur, ſed etiam cõſentiunt, *l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.* Etſi enim cùm priuata venditio fit, non ex eo ſolo vis pignoris extinguitur, quòd creditor venditioni adfuerit eámque ſciuerit, niſi etiam expreſſim cõſenſerit, quia poteſt dicere ideò ſe adfuiſſe & tacuiſſe quòd ſciret ius ſuum durare *d. §. non videtur.* Tamen inter priuatas & publicas venditiones hac parte intereſt hactenus vt qui publicam venditionem ſciuit ſi ius ſuum executus non ſit, illud remiſiſſe intelligatur, licet fuerit anterior creditor, multò magis ſi poſterior fuit: alioqui facilè decipiuntur ij qui ad publicas auctiones accedendo fidem publicã ſequuntur *l. ſi hypothecas. 8. C. de remiß. pignor.* iunct. *l. ait prator. 7. §. quæſitum. D. de minor.* Verùmenimuerò conſtat hoc tum demum rectè dici cùm & programmate admoniti ſunt creditores, vt venditioni pignoris adeſſent, & adfuerunt. Alioqui non poſſunt videri obligationem pignoris remiſiſſe qui nec admoniti, nec præſentes fuerunt cùm vox præconis, vt dici ſolet, paucis innoteſcat. *l. ſi eo tempore 6. C. de remiß. pignor.* quamquam ſi præſentes fuerunt nil neceſſe eſt admonitionem præceſſiſſe vt ius ſuum remiſiſſe videãtur. Nõ enim certiorãdus eſt qui ſcit. *l. 1. §. vlt. de act. empt.* Igitur nõ nocebit poſterioribus creditoribus venditio pignoris facta nomine debitoris iubente iudice & poſtulante creditore anteriore, ſi cùm illa fieret ipſi ignorauerunt, nec ius ſuum exequi potuerunt. Proinde poſtulare poterunt vt idem pignus iterum diſtrahatur, ſi fortè alius emptor inuenietur qui pluris licitari velit. Sed ita vt non priùs emptori poſſeſſio aufferatur, quàm ipſi prorſus ſatisfactum ſit & redditum quicquid ei abeſt tam precij nomine quàm acceſſionum. Contra tamen vulgo pragmatici ſentiunt, exiſtimantes non aliter permittendum eſſe vt pignus iam ritè & ſeruatis ſolẽnibus venditum iteratò diſtrahatur, poſterioribus creditoribus vrgentibus, quàm ſi magna aliqua æquitas ita fieri poſtulet, vt puta ſi læſio immodica & vltra dimidiam interuenit, nec alia ratio ſit conſulendi indemnitati creditorum. Quam in rem abutuntur *l. 2. C. ſi antiq. credit. pig. vendid.* vbi ſcriptum eſt, *Obligata pignoris iure, creditore rectè diſtrahente, debitorem poſtea emptori precium offerentem, vel creditori quod debuit eximere non poſſe.* Sed iam monuimus in ſuperioribus, legem illam vt & totum titulum ad eas pignorum venditiones pertinere, quæ à creditoribus fiunt iure creditorum, non ad illas quæ fiunt per autoritatem iudicis nomine debitoris, poſtulante creditore, quarum diuerſam eſſe rationem conſtat ex *l. 1. eod. tit.* non quidem quod ad debitorem ipſum attinet, qui factum iudicis non minùs quàm ſuum proprium ratum habere cogitur: ſed quod ad poſteriores creditores qui licet à debitore ipſo ius habeant, in hoc tamen melioris conditionis ſunt, quod neque eorum nomine, neque iis vocatis & præſentibus facta vẽditio eſt. Et ideo non magis nocere iis debet quod à iudice debitoris

nomine factum fuit, quàm si à debitore ipso iis ignorantibus factum esset. Sed & quod ad debitorem attinet hodie multum refert, an debitor ipse distrahat, aut eius nomine apparitor iudicis, an verò creditor, iure creditoris, non equidem si iuris ciuilis rationem inspicias, sed propter statuti nostri ius nouum, quod debitorius semestre dat ad redimenda pignora quæ iudiciali autoritate distracta sunt, non etiam ad redimenda ea quæ ex creditoribus quispiam iure suo vendiderit, vt superiore capite diximus. Errant itaque toto cœlo pragmatici, qui ad venditiones illas de quibus statutum nostrum loquitur, accõmodant eas leges, quæ de venditionibus per creditores iure proprio factis loquuntur. Accommodare potius deberent *Tit. C. si in causs. iudic. pign. capt. sit*, & quæ Vlpianus scribit in *l. à Diuo Pio* 15. *D. de re iud.* Etsi enim loci illi loquuntur de pignoribus capitis in executione iudicati & ipsa iudicis autoritate, non ex conuentione constitutis, tamen cùm de pignorum distractione agitur quę fit imperio iudicis, nihil omnino refert an a iudice ipso, an à debitore constitutum fuerit pignus, nisi quòd præcedente conuentione pignoris, nil necesse est constitui pignus & capi à iudice, sed quod conuentio constituit, capiendum est. Nec quòd citra sententiam vllam iudicis pignus conuentionale, ex publico, & authentico instrumento distrahi solet, ad rem facit. Id enim fit ad similitudinem executionis iudicati, postquam statuti potestate inductum est vt instrumenta publica, & vt nostri vocant guarentigiata, habeant vim sententię & condemnationis: ac si is qui coram notario & testibus professus est se debere, confessus esset in iure & apud iudicem se debitorem, quo casu vtique pro condemnato haberetur. *l. 1. D. de confess.* Itaque in caussa iudicati pignus capi intelligitur, quod capitur in executionem instrumenti guarentigiati conuentionem pignorum continentis: nam & hoc casu iudicis autoritas necessaria est, ad permittendam pignoris distractionem: nisi cùm executio fit ex diplomate principali quod De debitis appellat. Hæc sola differentia quòd hoc casu pignus non constituitur per capionem vtpote iam constitutum per conuentionem, quod tamen si cõuentio nulla subesset per capionem ipsam constitueretur. Certè tituli illi *D. & C. De distract. pign.* non ad alias distractiones pertinent quàm quæ fiunt à creditoribus iure creditorum, vt & proximo capite monuimus. Frequẽtissima enim erat, ne dicam assidua, conuentio illa inter debitorem & creditorem, vt creditori pignus distrahere liceret, quę & cùm omissa est, habetur pro expressa, adeò vt nec absolutè conuenire possit ne liceret, nec rursum valeat pignus quod per creditorem distrahi non potest *l. 4. 5. & 6. D. de pignor. act.* Et miror hanc distrahendi pignoris formam in desuetudinem abusse, cùm creditoribus longè vtilissima sit. Nisi fortè desuetudini causam illud dedit quòd cùm non semper pignorum emptores inueniantur, interest creditoris vt possit ipse per se emere, aut per alium; quod facere non posset si ipse venderet iure creditoris: neque enim posset idem esse emptor & venditor, vt in superioribus disputauimus. Nec ad aliam distrahendi pignoris speciem referendum est, quod scriptum legimus in *l. si in hoc* 14. *Cod. de distract. pignor.* Si in hoc quod iure debetur satisfactum non fuerit creditori, debitore obligatas res possidente, aditum præsidem prouinciæ iussurum distrahendi facultatem fieri creditori. Sensus enim est, partes iudicis eas esse debere, vt iubeat restitui pignoris possessionem creditori, quò possit ille pignus distrahere suo iure. Nec enim creditor pignus vendere potest, eiúsque dominium transferre

Digitized by Google

ferre in emptorem, niſi priùs poſſeſſor factus, vt emptorem ſubinde poſſit inducere in vacuam poſſeſſionem, quomodo ſcriptum eſt in lege præcedente. Nam multo facilius eſt vt qui dominus non eſt, alium faciat dominum per poſſeſſionis tranſlationem, quàm vt qui dominus eſt in alium transferat dominum ſine poſſeſſione. Planè ſi proponas venditum eſſe pignus à poſteriore creditore, licèt iure creditoris, nemo tamen idcirco negauerit hypothecæ perſecutionem anteriori ſaluam fore, quia non potuit debitor paciſcendo cum poſteriore creditore deteriorem facere conditionem anterioris: at neque pignori obligare rem quæ iam anteà alteri erat obligata, niſi dimiſſo priùs anteriore creditore *l. & qua nondum 15. §. qui res ſuas D. de pignor.* Niſi proponas anteriorem illum creditorem cùm publico programmate admonitus & præſens eſſet, ius ſuum executum non fuiſſe. Tunc enim pignus ſuum rem iniſſe intelligeretur *dicta l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pignor.* Quare nec hoc caſu quicquam intererit an creditor poſterior pignus vendiderit iure ſuo, an vendi tanquam ex debitoris perſona curauerit. Eáque diſtinctio ſolo illo caſu adhibenda eſt quo anterior creditor vendiderit. Nam neque fieri poteſt vt poſterior qui ignorante anteriore idem pignus & accepit, & vendidit, iure ſuo & rectè id fecerit, quia nec pignus vllum habere creditur quouſque ius ſuum confirmauerit, quod ipſum non aliter facere poteſt quàm ſublato prioris pignoris vinculo, id eſt, vt iam diximus, anteriore illo creditore dimiſſo.

ERROR SEPTIMVS.

De dolo in re ipſa, & Dolo ex propoſito.

IMMODICAM, &, vt vocant enormẽ læſionem ab enormiſſima diſtinguere noſtri ſolent. Enormem illam intelligunt quæ eſt vltra dimidiam iuſti precij: de qua in *l. 2. C. de reſcin. vendit.* Enormiſſimam verò quæ excedit beſſem. Enormem fatentur nihil commune habere cum dolo. Facilè ſiquidem fieri poteſt, vt immodicè quis læſus ſit in contrahendo etiam citra dolum. At ex enormiſſima læſione induci aiunt dolum in re ipſa, eúmque dolo ex propoſito æquiparari ex *l. ſi quis cùm aliter 36. de verb. oblig.* Indéque inferunt, in omnibus cauſis eandem eſſe rationem doli & enormiſſimæ læſionis, quaſi parum referre debeat an dolus malus in re ipſa, an ex propoſito interuenerit. Itaque cùm admittant, quod & veriſſimum eſt, immodica duntaxat læſione intercedente reſcindendam eſſe venditionem beneficio nouæ conſtitutionis *l. 2. C. de reſcind. vendit.* Si tamen læſio enormiſſima interuenerit, negant valere venditionẽ, defendúntque nullam eſſe ipſo iure, non ſecus acſi dolus ex propoſito venditioni cauſam dediſſet *l. & eleganter 7. D. de dolo.* Ex quo etiã cõligunt fructus omnes quoſquos emptor à die cõtractus perceperit, reſtituendos eſſe venditori, quaſi nullo iure, nullóque titulo perceptos, vtpote titulo, qui validus putabatur, ad non titulum redacto. Quinimo quod magis mirũ eſt, idem iuris conſtituunt, etiamſi iuſiurandũ acceſſerit. Nam quòd hoc caſu non ſolùm à iureiurando abſolui per epiſcopũ debet is qui iuranit, ſed etiã neceſſaria ei eſt reſtitutio in integrum ex reſcripto Principis, ad reſcindendã venditionẽ, ex moribus Gallię ad nos tranſlatum videtur, ærarij potiùs locupletandi cauſa, quàm ex neceſſitate: & quomodo pragmatici loquuntur, vt quod de

facto proceſſit, de facto etiam reſcindatur, non vt eo minùs contractus ipſo iure nullus eſſe exiſtimetur. Ego verò ſemper credidi læſionem quantumlibet immodicam, nihil cõmune habere cum cauſa doli, aliiſque remediis dolum, aliis læſionem vindicari. Generaliter enim & indefinitè verum eſt, contrahentibus licere naturaliter, id eſt, naturali ratione, vt ſe in precio decipiant *l. in cauſa 25. §. idem Pomponius D. de minor. l. item quæritur 13. §. vlt. D. locat.* & ad reſcindendam venditionem malæque fidei probationem hoc ſolùm non ſufficere, quòd magno precio fundus cõparatus minoris diſtractus fuerit *l. ad reſcindendam 4. C. de reſcind. vendit.* Dolus enim emptoris qualitate facti, non quantitate precij æſtimatur *l. dolus 10. eod.* Nec admittenda eſt diſtinctio illa noſtrorum interpretum, An infra an ſupra dimidiam alteruter contrahentiũ læſus ſit. Nam & cùm ſupra dimidiam læſio interuenit, contractus nihilominus valet, tametſi bonæ fidei ſit, nec magis audiendus eſt venditor, qui duplũ precij offert emptori *l. non eſt probabilis 6. eo.* Neque ſi enormiſſima læſio fuit, vllo tamen iuris loco proditum eſt contractum non valere: At ne quidem ex ea cauſa reſcindendum eſſe. Hactenus ſanè receditur ab eo quod in emendo & vendendo actum dictumque eſt, vt iubeatur emptor vel fundum reſtituere precio recepto, vel ſi malit, quod iuſto precio deeſt ſupplere *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* Sed id fit non per contractus reſciſſionem, aut impetrata in integrum reſtitutione, at condictione ex lege & officio iudicis actioni bonæ fidei addicti, vt oſtendunt verba illa legis *autoritate iudicis intercedente.* Prætoris enim fuiſſet non iudicis dare in integrum reſtitutionem, ſi auxilium reſtitutionis neceſſarium eſſet, vt contingit cùm ex cauſa doli venditio reſcindenda eſt *d. l. dolus.* Neque nouum eſt vt ex empto actio detur ad corrigendã venditionem, quippe quæ daretur & ad diſtrahendam, *l. ex empto. 11. §. ſi quis vina D. de action. empt.* Quòd ſi reſtitutio non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem, cùm læſio tantùm enormis interuenit, multò minùs erit neceſſaria ſi læſio enormiſſima fuit, & tamen neceſſaria eſt cùm dolus interceſſit *d. l. dolus.* Ergo non bene læſio enormiſſima comparatur dolo. Et ſanè an læſio vltra dimidiam, an vltra beſſem interuenerit nulla vnquam lex diſtinxit. Nam quod Vlpianus ſcripſit in *dict. l. ſi quis cùm aliter 39. de verb. oblig.* aliquando rem ipſam in ſe dolum habere, & eo caſu perinde doli mali exceptionem ſtipulanti nocere ac ſi dolus eius interueniſſet, non ad hunc caſum referendum eſt quo læſio enormiſſima in precio interceſſerit, ſed ad alios pleroſque innumeros, in quibus accidere poteſt vt res ipſa in ſe dolum habere videatur, vt puta ſi ſtipulatio facta ſit ſine cauſſa, vt in *l. 2. §. circa. D. de dol. mal. except.* aut de ea re cuius ſtatus iam tum cùm ſtipulatio interpoſita eſt, mutatus fuerit ignorante tam ſtipulatore quam promiſſore. Et aliis huiuſmodi caſibus quibus euenit vt quamuis ſtipulator nihil ab initio dolo fecerit, tamen doli exceptione repelli debeat, quia hoc ipſo facit dolo quod nunc petit. vt Vlpianus ait. Eſt autem neceſſaria doli exceptio quia ſtipulatio non eo minùs tenet, cúmque ſit ſtricti iuris non poteſt ei exceptio doli ineſſe ſicut ineſſet bonæ fidei iudicio, vt dolus ipſo iure vindicetur. *l. ſed etſi 21. D. ſolut. matrim.* Quãtũ autem diſtet enormiſſima læſio à dolo, ex eo quoque apparet quod edicto ſereniſſimi Ducis noſtri Emanuelis Philiberti ante Cal. Nou. 1577. prohibitum eſt, ne qua poſthac reſtitutio in integrum detur aduerſus tranſactionẽ prætextu quantumlibet enormis & immodicæ læſionis, quam tamen Princeps optimus

optimus idémque iuris religioſiſſimus ſaluam eſſe voluit ſi quid dolo malo alterutrius tranſigentium factum proponatur. Sed & quàm grauiter non modò pragmatici noſtri, ſed etiam interpretes errent in eo quod ex enormiſſima læſione inferunt dolum in reipſa qui dolo ex propoſito æquiparetur, indéque colligunt ipſo iure nullam eſſe venditionem in qua læſio enormiſſima interuenerit, adeò vt fructus quoque reſtitui oporteat, conſtat ex eo quod etiamſi dolus ex propoſito in emptione & venditione interueniſſet dummodò cauſam contractui non dediſſet, id eſt, dum ne deceptus eſſet alteruter in hoc ipſo vt contraheret, venditio tamen valeret, fructuſque horent emptoris tanquam bonæ fidei poſſeſſoris, nec vnquam reſtituerentur etiam reſciſſa venditione, niſi quia die litis conteſtatæ percepti eſſent. Quia non quilibet dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum, ſed dus ſemum qui dedit cauſſam contractui, non qui incidit in contractum *d. l. & eleganter 7. D. l. ſi res æſtimata. 12. §. 1. D. de iur. dot.* Cauſſam verò contractui dat ſolus ille dolus per quem fit vt quis contrahat qui aliàs non eſſet contracturus. Alius quilibet dolus incidere dicitur in contractum & inducere reſtitutionem *tot. tit. De dolo, & d. l. dolus 10. C. de reſcind. vend.* Reſtitutio autem præſupponit contractum tenere cùm per reſtitutionem ſit reſcindendus. Neque enim reſcindi poteſt id quod ipſo iure non tenet. Etſi autem impetrata inſtitutione ita ius eſt vt fructus omnes non à die tãtùm litis conteſtatæ, ſed à tempore initi contractus perceptos reſtitui oporteat venditori & viciſſim emptori vſuras legitimas precij ſoluti, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur *l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio. l. patri. 27. ſi pecuniam. D. de minor.* alio tamen iure pragmatici vtuntur nec niſi à die litis conteſtatæ fructus reſtitui patiuntur cùm ab initio contractus tenuit, quaſi in eum vſque diem bona fides duraverit quæ lucrum fructuum adferre debeat poſſeſſori, quomodo obſeruari ſoſet non ſolùm ſi ex capite doli, vel metus, vel enormis læſionis, ſed quod magis mirum eſt etiamſi ex cauſſa minoris ætatis reſtitutio impetretur, de quo dicemus latiùs infrà errore 6. Decad. 7. Potrò nemo dixerit dolum qui in re ipſa ſit dare cauſſam contractui, & facere poſſe vt contractus ab initio non valeat; quia tametſi verum maximè eſſet quod pragmatici volunt enormiſſimam læſionem in precio inducere dolum in re ipſa, dolum verò qui in re ipſa ſit æquiparari dolo ex propoſito, non tamen conſequens eſt vt contractus ſit nullus, quia etiamſi dolus ex propoſito interueniſſet, non ideò tamen nullus eſſet, ſed per reſtitutionem reſcindendus, quandoquidem dolus qui in precij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum, non dare cauſſam contractui *dict. l. & eleganter dict. l. ſi res æſtimata dict. l. dolus.* Poſſit autem fortaſſe quiſpiam pro errore pragmaticorum tuendo obiicere *l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* vbi duo hæc tanquam contraria opponuntur; Tranſactum eſſe bona fide, & læſum eſſe immodicè alterutrum ex contrahentibus. Sed reſpondendum eſt locum illum ità omnino accipi debere ſi immodica illa læſio interuenerit dolo patris, non ſolùm, quoniam alioquin mala fides ex vilitate precij nec inducitur nec probatur *dict. l. ad reſcindendum. 4. & d. l. dolus. 10. C. de reſcind. vend.* Sed etiam quia lex ait competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ contra patrem, niſi paterna obſtaret verecundia, ideóque ad ſubſidiariam in factum actionem Prætoriam recurrendum eſſe. Atqui nemo dixerit ob dolum qui ſit in re ipſa duntaxat, non etiam

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

in persona aduersarij, de dolo agi posse. Nam actio de dolo cùm sit in personam, adeóque infamiam irroget, ob idque nec inter quoslibet competat quandiu alia actio aut ciuilis aut honoraria competere potest *l.1.§. penul. & vlt. cum ll. seqq. D. de dolo.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio nulla sit *l. non debet* 11. *eod.* non aliter dari potest quàm si personalis dolus proponatur. Nec est contrarium quod in *dict. l. si quis cùm aliter*, Vlpianus exceptionem doli accommodat ei quoque qui dolum in reipsa tantùm passus sit. Id enim fit duplici ratione, & quia exceptio doli non sicut actio infamat, licèt sit in personâ ex parte eius cui obicitur *l. 2.§ 1. D. de dol. excep.* quia nimirum non super exceptione sententia fertur, sed super actione, absolutè scilicet reo qui iustam habuit doli exceptionem, & quia qui dolus ab initio fuit in reipsa, fieri incipit personalis eo tempore quo agitur ex contractu qui dolum in re ipsa habuit, & qui nihildum fecerat dolo, cùm contraheretur, licèt res ipsa in se dolum haberet, nunc demum dolo facit cùm agit ex ea stipulatione. Cui consequens est, vt si nunquam ex stipulatione ageret, neque actioni, neque exceptioni doli locus vnquam esse posset. Atqui in specie *dict. l. si superstite*, non agebat pater, quippe qui solenniter per nouationem & acceptulationem fuerat liberatus. Cui ergo contra eum daretur actio de dolo etiamsi immodica lesio & ex immodica lesione dolus in re ipsa interuenisset? Et verò obseruandum est *in dict. l. si superstite*, tractari de immodica læsione quæ interuenerit non in cõtractu véditionis, aut alio simili, in quo liceat cõtrahẽtibus se decipere in precio, sed in ea specie in qua nullus deceptioni locus relinquebatur citra dolum malum, cùm ageretur de rationibus reddendis à patre qui filiæ emancipatæ tutelam gesserat. Non enim inter pupillum & tutorem ea fit disceptatio, quam fieri inter venditorem emptorem ait *dict. l. si voluntate* 8. *Cod. de rescind. vendit.* vt scíatur quantum tutor pupillo debeat, sed ex rationibus accepti & expensi diligenter explorandum illud est, vt ad vltimum vsque quadrantem ei satisfiat cui debebitur, siue pupillus ille sit, siue tutor. Quis verò hoc ipsum scire possit aut debeat nisi tutor ipse qui administrauit, & rationes à seipso reddendas penes se habet? Proinde si cùm rationes reddere deberet pater, ex quibus constitutum erat eum filiæ plurimùm debiturum, extorserit ille à filia liberationem, fieri non potest quin fecerit dolo malo, ideóque teneri debeat filiæ, non quidem actione de dolo propter paternam verecundiam, sed actione subsidiaria in factum temperanda, licèt læsio illa non sit vltra dimidiam. Quod enim lex requirit immodicam læsionem, non debet recipere interpretationem *ex dict. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* vt putant interpretes, sed ob id adiectum est, quia si læsio modica esset, non facilè prætor daret actionem in factum subsidiariam actionis De dolo malo, sicut nec daret actionem ipsam de dolo pro modica summa *l. si quis adfirmauit* 9. *§. vltim. cum ll. seqq. D. de dolo.* Id enim generale est in omnibus restitutionibus, vt non facile & ex minima causa, vel pro modica summa concedantur *l. scio* 4. *D. de in integr. restitut.* Apparet igitur ex superioribus, quàm malè pragmatici dolum qui in re ipsa inest, transformẽt in dolum personalem, quem præsumptum vocant. Nam neque verus, neque præsumptus persoræ dolus vllus est, quamdiu non agitur ex contractu, qui non nisi in re ipsa dolum habet. Cùm autem ex eo agitur, tum demùm verus dolus esse incipit, non præsumptus *dict. l. si quis cùm aliter. 36. de verbor. obligat.* qui tamen locus coniunctus cum *dict. l. si superstite*,

perſtite, vterque verò peſſimè intellectus præcipites egit pragmaticos & interpretes pleroſque vt hanc duplicis doli veri & præſumpti diſtinctionem planè hîc commentitiam induxerint.

ERROR OCTAVVS.

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit.

SI coniungantur ea quæ proximis duobus capitibus diſputauimus, apparebit facilè, quàm grauis hic pragmaticorum error ſit, exiſtimantiũ Vendito pignore per creditorem iure creditoris ſi enormiſſima, vt loquuntur, læſio interuenerit, permittendum eſſe debitori, & conſequenter ex eius perſona poſterioribus creditoribus vt emptori rem auferat reſtituto ei precio & omni eo quod ipſi abeſt, itémq; pignus ſi velint, diſtrahant. Iam enim à nobis probatũ eſt ſecurũ emptorẽ qui ritè rectéq; emit à creditore, id eſt ab eo qui & diſtrahendi ius habuit, & in diſtrahendo ſollennitatem iuris ſecutus eſt, nec aliter agi poſſe contra emptorem, quàm ſi dolum participauerit cum creditore, nec creditor ipſe ſoluendo ſit ex *l.* 3. 4. *&* 5. *C. ſi vendit. pignor. agat.* Sollennitas autem alia non eſt quàm vt pignoris venditio publicè perſcribatur, ipſique debitori denuncietur, adeóque ſi commodè fieri poſſit, teſtatò, *l. creditor* 4. *C. de diſtract. pignor.* Nam vt hoc vel illo precio pignus vendatur, maiore vel viliore, ſupra an infra dimidiam vel beſſem iuſti precij ad venditionis ſollennitates nil pertinet. Ergo ſi læſio quantumcunque enormis interuenerit, cùm non eo minùs verum ſit ritè rectéque factam eſſe venditionem ſi per colluſionem id factum non eſt, ſed eo prorſus modo quo fieri potuiſſet, tametſi creditor rem ſuam vendidiſſet, fatendũ erit inquietari emptorem non debere. Atqui, inquiunt, læſio illa enormiſſima inducit dolum in re ipſa, dolus autem in re ipſa perſonalem dolum præſumptum qui dolo ex propoſito ſit comparandus. Sed iam nos hæc omnia refutauimus. Et præterea nemo non videt cùm dolus in re ipſa duntaxat eſt, non poſſe videri eſſe ex parte vtriuſque contrahentiũ, ſed tantùm ex parte illius cuius commodo cedit læſio, vt in *l. ſi quis cùm aliter* 36. *de verb. obli.* Alioqui ex eo nõ daretur actio aut exceptio, ſed mutuus dolus mutua cõpenſatione tolleretur, fierétque doli compenſatio, vt Papinianus in *l. viro* 39. *D. ſolut. matrim.* Et tamen diximus & probauimus non aliter inquietari emptorẽ poſſe, quàm ſi creditor ipſe in dolo fuerit, dolúmque emptor participauerit. Denique colluſio ſine colludendi propoſito nunquã fieri poteſt. Ergo neque præſumi ex dolo qui ſit in re ipſa duntaxat, quia vt dixi, in re ipſa duntaxat eſſe nunquam poteſt ex parte vtriuſque. Sed & cùm dolus in re ipſa non priùs declinet in dolum ex propoſito quàm ex contractu qui in ſe dolum habet, agi cœperit, *dict. l. ſi quis cùm aliter.* Emptor autem qui pignus à creditore emit quantumcunque vili precio, non agat, ſed conueniatur ſiue à debitore ipſo, ſiue à poſterioribus debitoris creditoribus, nihil cauſſæ eſt cur dolo malo aliquid facere videatur is qui nihil facit, niſi dicas hoc ipſo facere eum dolo quòd rem retinet, nec vult reſtituere cùm conuenitur. Sed cùm priùs ſit vt conueniatur, nec aliter cõueniri poſſit quàm probetur eſſe in dolo, apparet nõ poſſe contra

ptoré ſecurſi non fore,non quod creditor dolo malo verſatus videretur)neque enim id ſufficeret,vt dixi,ſi dolum emptor non participaſſet(ſed qhia vẽditio quæ nõ ritè rectèq.id eſt ſollennib.non ſeruatis facta eſt,nullum ius tribuere emptori poteſt *l.2.C. ſi antiq.cred.pig.vendid.* Sed etſi aliqua eo nomine actio debitori cõpetere poſſet, tamen non video quomodo poſteriores creditores eodem eiure vti poſſint: Etſi.n.cauſſam habent à debitore,tamen in hoc minus iuris habent quàm debitor,vt in ſuperioribus dictum eſt,quod neque dominiũ vnquam habuerunt,neque pignus, licet cõuenerint de pignore quãdiu prioris pignoris vinculum ſublatum non eſt. Itaque cùm ritè vendito pignore nullũ iis reliquum ſit ius offerendi, neceſſe eſt vt actionem quæ debitori competit aduerſus emptorẽ ob dolum ab eo cum creditore anteriore participatum,accipiant à debitore per ceſſionẽ, vt debitoris iure vti poſſint. Non.n.ex eo ſolo quod debitorem habent obligatum cum ipſius bonis omnibus adeóq; iuribus,videri poſſunt habere ius exercendi actiones,ſed tantùm ius petendi propoſita in actiones ipſas hypothecaria vt ſibi cedantur. Proinde eo demũ caſu permittendum iis eſt,vt petant & impetrent ceſſionem quo debitor ipſe agere poſſet,id eſt quo non ſolùm dolus vtriuſque & creditoris & emptoris interuenerit,ſed etiá creditor non ſit ſoluendo. Nam cùm ſoluẽdo eſt, nihil contra emptorem conſtituendum eſt etiamſi dolum participauerit. Quòd ſi venditio pignoris non à creditore ipſo facta fuit, ſed per iudicem poſtulante creditore: Admitto liberum eſſe non debitori ipſi poſt ſemeſtre in eam rem præſtitutum,ſed creditoribus poſterioribus vt aduerſus emptorem agant ſi non venditioni adfuerunt *l.ſi eo tempore 6.C. de remiſſ.pig.* At non propter interuenientem immodicam læſionem,ſed iure communi,& etiamſi læſio nulla interuenerit, nimirum offerendo quicquid emptori abeſt, vt in ſuperioribus diſputauimus ex *d.l.3. D. de diſt. pignor.*

ERROR NONVS.

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi.

CELEBRIS eſt in praxi titulus ille *C. etiam ob chirographariã pecuniã pignus retineri poſſe*,ſed à pragmaticis peſſimè proculdubio intellectus.Sic.n,vulgo accipiunt,quaſi ius ſit creditori cuilibet etiam chirographario,ſi quam debitoris ſui rem penes ſe habeat,eã retinendi pignoris iure,licet de pignore nullomodo cõuenerit.Quo ineptius & abſurdius dici nihil poteſt.Neq.n fieri queat vt pignoris iure retineatur res quæ nõ eſt obligata,nec rurſus vt pignoris obligatio cõtrahatur,aut cõtracta intelligatur citra cõuentionẽ extra eas cauſſas in quibus receptũ eſt,vel aliqua lege aut ſenatuſcõſulto cõſtitutũ vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur,vt ſcripſimus in *Error.*1. Vnde petenda ſũt cætera omnia quæ ad profligandum hunc errorem adferri poſſent. Itaque tituli illius ſenſus hic eſt,Creditorẽ pignoratitiũ ius habere retinendi pignoris non ſolùm pro ea pecunia cuius nomine pignus datũ eſt,ſed etiã ob chirographatiã,quo nomine ſignificamus non eam duntaxat quę chirographi tabulis cõtineatur,ſed omnẽ omnino pro qua pignus nullum datũ ſit ſiue ex chirographo ſiue ex inſtrumẽto publico & authẽtico,adeóq; etiãſi ex pacto nudo ſine

Digitized by Google

ſcriptura & naturaliter non etiá ciuiliter debeatur. Nã ſicuti quod naturaliter tantũ debetur, licet peti non poſſit, retineri tamen poteſt: ita & pignus ex ea cauſſa retineri nihil prohibet, quoniá & dari poſſet quẽadmodũ & fideiuſſor. *l. græcè* 8. §. *fideiuſſor. D. de fideiuſſ.* Cæterum creditorem pignoratitium eſſe neceſſe eſt, pignúſq. cõtractũ fuiſſe vt retineri poſſit. Nemo.n. ex eo ſolo quod rẽ non obligatá retinet ſibi eá obligat, ſed ex contrario eam quæ ſibi obligata eſt ideò creditor retinet quia obligatá habet, licèt non pro ea pecunia cuius nomine nunc retinetur. Poteſt tamen intereſſe quomodo pignoris cõuentio facta ſit. Nã ſi ſimpliciter inter nos conuenerit de pignore pro centũ, tu verò præter ea centum, totidem mihi ex nudo chirographo debeas, locum habebunt quæ diximus, id eſt, non proderit tibi ad luendũ pignus, quòd centum ſolueris pro quibus pignus dederas, niſi & alia centum offeras, nec priùs pignoratitia naſcetur. Sed ſi hoc expreſſim conueniſſet, quod plerunque fit, vt ſolutá pecuniá pro qua pignus datum eſt, pignus reſtituatur aliud, vtique dicendum eſſet, quia conuentio expreſſa non relinquit locum poteſtatis iuris. Vt .n. ob chirographariá pecuniá pignus retineri poſſit, non fit ex contrahentiũ ſiue tacita ſiue expreſſa voluntate, ſed ex poteſtate iuris creditori fauentis vt ſuum cõſequatur. Itaq; ſi creditor cõtraria expreſſaq; conuentione vrgeatur, nihil cauſſæ eſt cur ei faueamus qui ſibi ipſi legẽ dixerit, & ad titulum illum hæc proculdubio ſubijcienda exceptio eſt, niſi in cõtrarium cõuenerit vt ſolutá quádocunq; pecuniá pignoratitiá pignus reſtituatur. Nec diſtinguemus an pecunia chirographaria iam tùm debita fuiſſet, an poſtea deberi cœperit. Atquin dicat aliquis, Etiamſi cõuentio illa adiecta non eſſet, De pignore poſt ſolutá pecuniá reſtituendo, tacitè tamen ex natura pignoris ſubintelligeretur, Cur ergo maior erit vis expreſſi quàm taciti? Nam & dici ſolet id quod tacitè ineſt, ſi exprimatur nihil operari. Verùm reſpondeo non eſſe nouum vt expreſſa noceant, quæ non expreſſa non nocerent, quomodo habet vulgata iuris regula. Hoc verò etiam pragmatici noſtri ignorant, quamuis non ſemel à ſenatu noſtro, ita vt ſentiendum diximus, iudicatum ſit.

ERROR X.

Si creditor de pignoris euictione conueniatur.

EXTAT in Codice noſtro titulus, *Creditorem euictionem pignoris non debere*: quo pragmatici paſſim abutũtur, vt probent, Diſtractis, vt hodie fit, ex ſtatuto noſtro pignoribus autoritate iudiciali, poſtulãte creditore, ſi ea pignora poſtmodum euincantur, creditorem de euictione non teneri, ſi non fuerit in dolo: interueniẽte autẽ dolo, teneri; nos verò iam monuimus obiter in ſuperioribus, titulũ illum non ad hunc caſum pertinere, quo venditio fiat per iudicem, vrgẽte creditore, ſed ad eum potiùs quo venditio facta ſit per creditorem ipſum iure creditoris. Nam cùm venditio, quæ fit autoritate iudicis, quaſi nomine debitoris, vt creditori ſolutionem vrgenti ſatisfiat, ab ipſo debitore facta intelligatur, quandoquidem factum iudicis eſt factum partis *l. 1. & 2. C. ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Apparet alium quàm debitorem de euictione teneri non poſſe, *l. ſi ob cauſſá* 13. *Cod. de euict.* Neque enim auditũ eſt aliũ de euictione teneri quàm qui ipſe vẽdidit, aut euictionẽ ſtipulãti promiſit; cùm de euictione agi non

agi non possit nisi aut actione ex empto aut ex stipulatu *l.5. in venditione 60. D. de euict.* Porrò neq. ex empto agi potest cõtra eum qui non vendidit, neq. ex stipulatu contra eũ qui nihil promisit. Quare nec distinguendũ est an hoc casu creditor in dolo fuerit, necne. Non enim quod in dolo sit, fortasse petens id quod vel nunquam verè debitum fuerit, vel iam solutum sit, potest eum facere venditorem, nec consequenter obligare de euictione: Præsertim cùm vt dixi parata emptori sit actio contra ipsum debitorem ex caussa euictionis *d. l. si ob causam.* Pertinet igitur titulus ille Codicis ad alium casum quo pignus à creditore ipso venditum sit iure creditoris. Nam cùm eo casu alius venditor non sit quàm creditor, Ius autem ita cõparatum sit vt venditorem emptori euictionem præstare oporteat, etiamsi nihil dictum sit dum ne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur *l. ex empto 11. in princip. & §. vlt. D. de action. empt.* Necesse omnino fuit constitui & caueri ne creditor de euictione teneretur, quia nec eum teneri æquum est, cùm non possit videri emptorem decepisse distrahendo iure creditoris rem sibi obligatam, quando nec vendidit tanquam dominus, sed tanquã creditor. Proinde nihil est quod ei imputetur euicto postmodum pignore dummodo probet se fuisse legitimum & anteriorem creditorem, sibiq. rem illam à debitore pignoris iure obligatam, nec à se quicquã dolo malo factum esse. Nã si iã fortè resciens deceptum se à debitore fuisse in eo quod alienam rem debitor pro sua, aut iam obligatã pro libera pignori dederit, rem illã quasi sibi benè obligatam pignoris iure vendiderit, dolo fecisse videbitur cùm senserit aut scire debuit alienã rem à debitore aut iã obligatã oppignerari & cõsequẽter eius distrahẽdę ius in se trãsferri nõ potuisse: Itaq. cùm similis sit ei qui alienã rẽ nullo iure vẽdidit, adeoq. scies & prudens, iuris ratio facit vt de euictione teneatur, perinde acsi creditor non fuisset, quia pignoratitius verè non fuit nullo re vera cõtracto pignore, vẽdẽdi autem pignoris potestatẽ ex cõuentione habet creditor pignoratitius, non ex qua parte creditor, sed ex qua pignoratitius est. An igitur si nihil dolo malo factũ sit à creditore qui vẽdidit nulla emptoris pignoris ratio de euictione superesset, ne quidem cõtra debitorem? Nã facit pro debitore quòd is nec reuera vendidit nec intelligitur vendidisse, sed creditor. At cùm ipsi proficiat solutio precij per quam consequitur ille liberationem à suo creditore cui & vẽdendi pignoris occasionem pro iure dedit, nulla sanè ratio iuris vel æquitatis patitur vt in dãno emptor moretur cuius pecunia creditor dimissus est. Iedóq; cùm nullam aduersus creditorem ipsum habeat actionem, necesse est ei consuli aduersus debitorem acsi ipse vendidisset: Ex ratione posita in *d. l. si ob causam 13. C. de euict.* tametsi lex illa non ad hanc pignoris venditionẽ pertineat, sed ad illã potiùs quæ nomine debitoris per iudicem facta sit. Ratio enim illa, *quia debitori solutio proficit*, generalis est, siue debitor ipse, aut quod idẽ est, apparitor iudicis & executor pro debitore, siue creditor vendiderit. Ex quo apparet quàm egregiè errauerint non modò ex pragmaticis, sed etiam ex Doctoribus nostris plerique existimãtes venditionẽ quæ sub hasta & publicè facta sit, rescindi non posse ex caussa immodicæ lęsionis quãtũlibet enormis. Illa potissimũ ratione quòd parcẽdũ sit emptori quòd viliore precio voluit emere rẽ, cuius nomine, si quãdo euicta esset, nullã se actionẽ sciuit habiturum. Sententia ipsa falsa est vt cõstat ex *l. si quos. C. de rescind. vẽdit.* Sed ratior ineptior, quia omni casu emptor habet debitorem de euictione obligatũ: & præterea creditorẽ illo vno casu quo ipse vendidit, & in dolo fuit. Sanè si non de euictione

quæratur, sed de precio quod ex venditione solutum est restituendo, facilius est vt creditor emptori teneatur, non tantùm si creditor ipse, sed etiam si debitor vendidit. Nam nili probet se & legitimum & antiquiorem creditorem, obligatur ad precium quod accepit restituendum quoties pignus venditum euincitur per creditorem anteriorem, licèt nihil dolo fecerit, nec de euictione vllomodo teneatur. Aliud n. est de precio, aliud de euictione teneri: vt ex eo constat quòd valet pactio, ne venditor de euictione teneatur, non etiam vt euictare venditor tamen precium retineat *d. l. ex empto §. quia autem. de action. empt.* Actio enim de euictione non tantùm precium repoſcit, sed etiá quicquid emptoris interest rem habere licere, licet in eo ipso quod interest rei precium & quanti res ipsa est comprehendatur *l. 1. eod. tit.* Quòd si creditor cui ex precio venditi pignoris satisfactum est, & legitimus, & anterior fuit, non potest ad precij restitutionem conuenirí cùm suum acceperit. Repetitio enim nulla est ab eo qui suum accepit, licet alius soluerit quàm qui debuit *l. repetitio 43. de cond. indeb.* Quid ergo? Agendum erit eo nomine contra debitorem quia solutio ei profuit, nec obstat iuris regula quæ habet his solis condicendam esse pecuniam quibus soluta est, non quibus solutio profecit *l. his solis 49. eod. tit.* Id enim ad eas demum pecunias pertinet quæ prorsus indebitæ sunt, cuiusmodi non est illa quæ precij nomine venditori datur, licèt aliena res vendita & postmodum euicta sit. Quandoquidem aliena quoque res vendi potest *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* nec ad aliud venditor obligatur, nisi vt rem tradat, emptor autem vt precium accipientis faciat, saluam posteà habiturus ex empto actionem de euictione si res euincatur *d. l. ex empto in princip.* Quid ergo si debitor soluendo non sit? Necesse est emergere iniquitatem vt vel creditor debiti, vel emptor precij iacturam faciat. Vtrique sanè videtur posse imputari; creditori cur cum inope debitore contraxerit, emptori verò cur à creditore non domini sed creditoris iure distrahente comparauerit. Sed tamen æquius est vt in pari culpa durior sit cõditio petitoris, nec condici quicquam possit creditori qui suum bona fide consecutus est, licuit enim ei vigilare, & emptorem quærere ad suum consequendum, dum ne quid fecerit dolo malo. Emptor autem diligentiùs inquirere debuit an debitor soluendo esset necne, quem sciebat de euictione obligatum iri, non creditorem.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SAB AVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De pecunia penes eum depoſita qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij.

DEFVNCTO eo apud quem pecunia depoſita fuit, ſi heres nullus ſit niſi cum beneficio legis & inuentarij, dubitari ſolet an is qui depoſuit agẽs, depoſiti cogẽdus ſit ad eam ire inſtantiam, quæ inter heredem & ceteros creditores tractatur De bonis autoritate iudicis poſſidendis vel venundandis, quam diſcuſſionis generalis inſtantiam vulgò appellant. Et pragmaticis placet, cogendum non eſſe ratione illa, quòd is qui depoſitum petit, non tam alienam quàm ſuam propriam rem perſequatur, ideóque domini potiùs quàm creditoris iure agere videatur. Item quòd in ipſo quoque creditorum concurſu actio depoſiti priuilegium inter cæteras habere exiſtimetur. Ego verò non dubito quin diſtinguẽdum ſit, an pecunia depoſita ſit in ſacculo vt fieri ſolet obſignato, ne quæſtioni locus relinquatur, an eadem extent corpora nũmorum quę depoſita fuerunt; an verò pecunia ipſa numerata, ſicque depoſita ſit: aut, vt dicam generaliùs, quoniam aliæ quoque res mobiles præter pecuniam deponi poſſunt. An ea ipſa res extet quę depoſita fuit, an non extet; & cùm extat, An per directam rei vindicationem, an per depoſiti actionem repetatur. ſi res depoſita extet, eámq; vindicet is qui depoſuit, (quod vtique facere ſuo iure poteſt, cùm nemo rem ſuam deponendo eius dominium, at ne quidem poſſeſſionem in alium transferre ſoleat, *l. rei depoſita* 8. *D. depoſit.*) fateor non eſſe cogendum de ſuo iure & ordine cũ cęteris creditoribus litigare, quia hoc caſu nõ agit tanquã creditor, ſed tanquã dominus, nec contra heredẽ tanquã heredẽ, ſed tanquã poſſeſſorẽ quẽlibet, qui reſtituendæ rei habeat facultatẽ, *l. officiũ* 9. *D. de rei vind.* Diſcuſſionis autẽ inſtãtia iis tãtùm cõmunis eſt, qui & creditores ſunt, & agunt iure creditorũ, & ad perſonales dũtaxat actiones pertinet; nõ ad reales præterquàm

hypothecarias,quæ quoniã nõnisi creditoribus & tanquã creditoribus dãtur, actionũ personaliũ quæ pro credito cõpetunt ius sequuntur: in eóq; mihi cũ pragmaticis cõuenit.Sed si res deposita nõ extet,aut extet quidé,verumtamen depositi actione non vindicatione repetatur, quod aliquãdo fieri necesse est propter difficultatẽ quæ sæpenumero summa est probandi dominij, dico aliud iuris cõstitui debere,nec priuilegiũ hac parte vllam habere actionẽ depositi quominus ad generalẽ discussionis instantiã remittẽdus sit is qui agit. Est.n.actio illa personalis,& qui agit depositi, agit procul dubio tanquã creditor ex causa depositi,cùm depositũ sit ex iis caussis in quibus re cõtrahitur obligatio personalis,sicut & mutuũ & cõmodatũ. Nõ nego depositi actionẽ habere priuilegium post dotem, vt cæteris actionibus personalibus præferatur,quarũ priuilegia nõ ex tẽpore æstimari solẽt,sed ex caussa *l.priuilegia.32 de reb.auto.iud.possid.* Sed nõ impedit illud priuilegiũ,quominùs de iure & ordine illius qui rẽ deposuit disputari inter cæteros creditores oporteat: Imò verò tũ demũ priuilegio locus est cũ fit cõcursus creditorũ,& cõtẽditur quis inter eos, & quo ordine præferri debeat.Quẽadmodũ & inter hypothecarios creditores euenit, vt qui ex iis habẽt ius prælationis, nihilomagis recusare possint ne ad generalis discussionis instantiã remittantur, & verò cũ inter personales quoque actiones actio depositi nõ habeat priuilegiũ prælationis nisi post dotẽ, de dote autẽ cogatur etiã mulier disputare in discussionis instãtia,nec minùs hodie quam olim, tametsi ex Iustiniani cõstitutionibus habeat priuilegiũ nõ solùm tacitæ hypothecæ, sed etiã prælationis, quod olim non habebat. Cur obsecro melior erit condicio eius qui agit depositi vt ei ante omnes creditores & extra discussionis instantiã satisfieri oporteat? Idque apertius est si res deposita non extet. Nã cùm hoc casu si dolo malo aut latã culpã depositarij perierit, codẽnatio facienda sit,quanti interetit deponentis, adeóque quãti is sua interesse in litem iurauerit. Apparet nõ posse dici rem suã potius quàm alienã reposcere eum qui pro re pecuniã,aut pro his vel illis corporibus numorum alia corpora repetit: quod fieri necesse est in pecunia depositi quoties non in sacculo obsignato depositi est. In eo náque differt pecunia à cæteris rebus quæ non in pondere,aut numero,aut mensura cõsistunt, quod perit cõfusione, statim atq; desiit posse discerni vtrum illa ipsa numorũ corpora sint, quæ depositi fuerunt,licèt reuera sint eadem.Quáquam,vt dixi,parũ refert eadémne an alia corpora sint,si modò actione depositi,non directa rei vindicatione repetantur. Quid verò si eadẽ quidẽ corpora extẽt,depositi fortassis in sacculo obsignato,eaque vindicare dominus velit,sed nõ possit quia non exhibentur; ideóque actione ad exhibendũ experiri cogatur,An ex ea quoque caussa ad instantiã discussionis erit remittendus? facit dubitationem quòd actio hæc Ad exhibendũ in personã est, licèt sit in rẽ scripta & præparatoria vindicationis.Proinde videtur eodẽ iure censeri debere, quo cæteræ actiones personales,quas diximus in generali discussionis instantia,id est vnico inter creditores omnes heredẽque ipsum iudicio exercendas esse? Sed non ita est, nã cũ actio ad exhibẽdũ nõ detur nisi cõtra eum qui ipse possidet,aut dolo desiit possidere *l.3. D.ad exh.* apparet heredẽ qui cũ possideat & exhibẽdi habeat facultatẽ,non vult exhibere si ex ea causa conueniatur & condemnetur,non tã quasi heredẽ quàm ex proprio facto & dolo conueniri, ob ídq; nihil actionẽ hãc habere cõmune cũ cæteris creditoribus,non magis quàm directã rei vindicationẽ in cuius locũ substituta esse intelligitur. Quoties. n.

heres

heres qui beneficiũ legis & inuẽtarij imploratuit, condẽnatur ob propriã culpã, licẽt tanquã heres conuentus sit, vt puta si ob malã litẽ instituta vel susceptã heredis iure condẽnationẽ expensarũ passus fuerit, generale est vt ea res creditoribus hereditarijs non debeat nocere quibus nihil imputari potest, solúsq; heredis dãno cedat condemnatio cui irrogãdæ propriũ heredis factũ causam dederit. Multò igitur magis idẽ erit dicendum, si heres non tanquã heres sed tanquã alius possessor quilibet conuentus sit, quod fit proposita in eum actione ad exhibendũ, nisi fortè proponas heredẽ ea actione conueniri ex persona defuncti non ex propria, id est quòd defunctus rem de qua agitur dolo malo possidere desisset. Tunc.n.haud dubiè constituenda esset eadẽ ratio huiusmodi actionis ad exhibendũ, quæ & cęterarũ actionũ personalium quæ causam habent hereditariã, dantúrq; contra heredẽ quatenus heres est. Hoc siquidẽ casu is qui vindicaturus fuit tanquam dominus, ex domino fit creditor, non heredis sed defuncti qui in dolo fuit, & cuius cæteri quoque omnes sunt creditores. At cùm heres facultatẽ habet rei exhibẽdæ & restituẽdæ, quam.s.repert in hereditate, nec tamẽ vult restituere dominus, fit ex domino creditor non defuncti, qui depositũ susceperat, sed heredis qui in mora & dolo est, ideóq; nec cogitur cũ cæteris concurrere: quippe, qui non heredis creditores sunt, sed defuncti: Beneficiũ.n. legis Iustinianeæ & inuentarij tantundẽ heredi & per consequentias heredis creditoribus præstat, quãtum præstabat olim creditoribus defuncti edictũ Prætoris *De separationibus*, vt non confundantur rationes creditorũ defuncti & heredis, imò longè plùs, quia separatio illa hodie fit ipso iure quæ olim erat impetranda, itémq; cõmodo heredis & creditorũ ipsius, cùm olim non nisi per defuncti creditores peti & impetrari posset *l.1. D. de separat.* Denique edictum *de separationibus* locũ non habebat in creditoribas hypothecarijs, sed tãtùm in chirographarijs, quia nec necesse erat, cùm satis cautũ esset hypothecarijs, actione hypothecaria vtpote priuilegiũ suum ex ordine temporis habente. At beneficium Iustiniani locum habet etiam in hypothecarijs, fauore scilicet creditorum non defuncti, sed ipsius heredis, quibus vtiq; consultũ est per consequentias, hoc ipso quod heredi cõsulendũ visum fuit, ne aditione hereditatis creditoribus defuncti supra vires hereditarias se obligaret.

ERROR II.

De separatione ex edicto prætoris impetranda.

EXISTIMANT pragmatici plerique, esse hodie superuacuũ edictũ Prætoris *De separationibus* post Iustiniani constitutionẽ in *l.vlt. C. de Iur. delib.* quæ omnibus heredibus nouum inuentarij beneficium attulit, vt quãuis hereditatẽ dánosam adierint, si tamen solẽniter & intra constituta tẽpora inuentarium confecerint rerum omnium in hereditate repertarum, conueniri postèa non possint supra quàm sit in hereditate. Consequens enim videtur, vt si inuentarij beneficium ab herede agnitum & imploratum sit, frustrà petatur separatio ex edicto quæ ipso iure & ex Iustiniani lege facta est. Sin heres purè adierit, sibique oblatum legis auxilium neglexerit, cõfusionem fieri necesse sit iurium omnium & patrimoniorum defuncti & heredis, ac proinde separationi locus nullus relinquatur. In quo manifestissimè cæcutiunt, & nimis stolida iuris ignoratione labuntur. Etsi namque beneficium Iustinianeæ legis & inuentarij habet nescio quid simile & cõmune cum beneficio Prætoris ex edict. *de separ.* hactenus saltẽ ne defuncti & heredis patrimonia

Digitized by Google

confundantur, non tamen sustulit potestatē edicti ne tum quidem cùm inuentarium factum est, multo minùs verò si factum non sit. Id enim duntaxat Iustinianus egit vt heredi prospiceret ne metu onerum hereditariorum deterreretur ab adeunda hereditate quam haberet suspectā, vtque eam adeundo non nisi quatenus hereditariæ vires paterentur, obligaret se creditoribus & legatariis defuncti: Ex quo factū sanè est per consequentias, vt nō tantùm heredi, sed etiā per heredis personā proprijs ipsius creditoribus consultū sit, qui alioqui si chirographarij tātùm erāt, iacturā debiti facere poterāt, saltē ex parte, concurrētibus nimirū creditoribus defuncti, quibus heres quoq; obstrictus esse cœpisset ex quasi cōtractu, ex quo tēpore adiisset hereditatē debitoris. §. *heres quoq. Inst. de obligat. ex quasi contract.* dixi *si chirographarij tātùm erant*, quoniam in heredis creditoribus hypothecarijs nihil tale metu potest non ea tantùm ratione quòd per additionē hereditatis solus heres obligetur creditoribus & legatariis, nō item bona heredis, tametsi adierit simpliciter & absolutè, id est non implorato beneficio legis & inuētarij. Sed etiā quia licèt creditores defūcti hypothecā sibi acquireret in bonis heredis, nihil tamē ea res obesset anterioribus heredis creditoribus hypothecā anteriorē habentibus, quādoquidē inter hypothecarios creditores ordo tēporis attēditur, Tēporis inquā, nō cōtracti debiti, sed cōstitutę hypothecæ, cū fieri possit vt lōgo post cōtractū debitū interuallo hypotheca cōstituatur. Porrò hypotheca si qua per additionē hereditatis tacitè cōtraheretur, additione ipsa vetustior esse nō posset. Sed nego Iustiniani cōstitutionē prodesse creditoribus defūcti; quinimò aduersus eos potissimū lata est, vt qui alioquin paratā actionē aduersus heredē habituri erāt adita per eū debitoris inopis hereditate, nullā facto inuētario haberēt. Atqui ex cōtrario edictū prætoris *De separationib.* solis hereditarijs nō etiā heredis creditoribus prospicit, ne cōfusio illa patrimoniorū quæ per additionē inducitur, & cōsequēter heredis inopis creditoribus ipso iure prodest vt locupletiorē habeant debitorē, noceat creditoribus defūcti nullū pro debito chirographario priuilegiū ex tēporis ordine habituris. Etsi enim cuiq; liberū est creditoris sui chirographarij cōditionē duriorē facere, alterius creditoris siue chirographarij, siue hypothecarij adiectione, in dēq; fit vt creditores heredis locupletis qui dānosam hereditatē adiit separationē impetrare nequeāt aduersus creditores defuncti *d. l.* 1. *De separat.* nō tamen similiter æquū est, vt quis per proprios creditores alienis creditoribus iniuriā faciat. Potest quidē facere summo iure si pauper heres & nō soluendo adeat hereditatem locupletis debitoris, quoniā per additionem illā fit cōfusio vtriusq; patrimonij, quæ res inducit vt ex bonis quæ defuncti fuerunt perinde atque ex iis quæ solius fuerunt heredis satisfieri oporteat omnibus creditoribus tā heredis quàm defuncti. Sed cùm eo casu sūma iuris ratio pugnaret cum æquitate, Prætor pro suo imperio corrigendū id putauit, & permittendam defuncti creditoribus separationem bonorum ne iis noceret factū heredis cum quo non cōtraxerunt, & de quo in cōtrahendo ne per somniū quidē cogitarūt. Quis ergo dicat Iustinianea illa cōstitutione, quæ nō nisi fauore heredis & creditorū heredis lata est, in præiudiciū creditorū defūcti factū esse, vt superuacuū hodie sit edictū *De separationib.* etiāsi inuentarium cōscriptum sit? An ergo abrogatū? Ne hoc quidem. Quoniā nō in eo nocere creditoribus defuncti voluit Iustinianus, vt per cōcursum creditorū heredis ius eorū minueretur, sed in eo tantùm vti ne melior cōdicio ipsorum fieret, ob id,

ob id, quod inopis debitoris hereditatem locupletior heres adiisset. Sunt autem hæc longè diuersa, Deteriorem fieri condicionem creditorum defuncti, & non fieri meliorem. Itaque si quando adita hodie sit hereditas locupletis debitoris ab herede qui non sit soluendo, & concurrant chirographarij vtriusque creditores, æquè necessarium erit hereditariis auxilium separationis atque olim fuit, & æquè habebit locum, licet inuentarium factum proponatur: non enim efficit inuētarium quominus heres sit re vera heres, proindeque acquirūtur ei bona defuncti cōmodo etiam propriorum creditorum, acti nullum factum esset. Quòd si nullum factum sit, fit quidē confusio patrimoniorum, sed non impedit ea res quominus edictum *de separationibus* locum habere debeat: quin potiùs cōfusionem illam fieri necesse est vt separationi locus esse possit: vidi ego, & nudis dentibus risi aliquando ex pragmaticis plerosque abutentes in contrariam sententiam, eo quod scriptum est in *d. l. 1. §. præterea secundum. de separat.* postquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem, ideo quòd confusis & vnitis bonis separatio fieri nequeat. Quasi verò tractet Vlpianus eo loco de confusione quæ fit sola iuris potestate per additionem hereditatis, ac non potiùs de vera & reali mixtione corporum in hereditate repertorum cum corporibus bonorum heredis. Vt puta, si frumenta defuncti mixta sint cum frumentis heredis, aut nummi cum nummis, aut quid aliud simile ex earum rerum numero quarum dominium confusione amittitur. *l. adeo quidem. 7. §. voluntas de acquir. rer. dom. §. si quorum. Instit. de rer. diuis.* Idque ostendūt verba illa Vlpiani, *Quid ergo si prædia extent vel mācipia, vel pecora, vel aliud quod separari potest?* Item quæ sequūtur, *Nisi ita coniuncta sint possessiones & permixta proprijs, vt impossibilem separationem effecerint.* Igitur nullo facto inuētario, separatio fieri poterit si ab hereditariis creditoribus postuletur. Nihil enim hoc casu à Iustiniano innouatum est, nec alij quàm tibi suisve propriis creditoribus nocere potest heres qui respuit beneficium inuentarij, sicut è contrario agnitum illud beneficium non prodest alij quàm heredi, nisi quòd consequēter per heredis personam prodest etiam plus creditoribus, non vt deteriorē causam faciant creditorū hereditariorum, sed vt fruantur ipsi commodo separationis heredi datæ, quam aliquo proprio iure ex edicto prætoris petere & impetrare non potuissent, ne per concursum creditorum defuncti difficiliorem iurium suorum persecutionem experiantur.

ERROR TERTIVS.

De curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita est cum beneficio legis & inuentarij.

SVAVIS hic error est, & dignus subtilitate pragmaticorum. Adita enim hereditate cum beneficio, vt loquuntur, legis & inuentarij, non dubitant quin hereditati curator dari debeat tanquā iacenti, propterea quòd, inquiunt, perinde saluæ sunt heredi actiones, quas aduersus defunctum habuit acsi adita hereditas non esset, proinde aliquem constitui necesse est, qui actiones illas

hereditatis nomine excipiat vt non tantùm actor sit, sed etiam reus aliquis & defensor. Non enim cæteri creditores hereditarij, in quorum necem imploratum legis beneficium est, videri possunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quàmmaximè interfit, non vllius etiam alterius vt heredis actiones ad amussim perpendantur, & si fieri potest, summoueantur, non tamen repræsentant personam defuncti cuius fuerunt creditores, cùm in iura illius nullo modo successerint. Hereditas ipsa est quæ repræsentat quandiu adita non est *l. non minùs 31. §. 1. D. de hered. institut. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin.* Postquàm verò adita est, sicuti desinit esse hereditas, sitque patrimonium heredis, ita heres ille est qui tùm repræsentare incipit, & quidem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus mortis reuocata, ab eo tempore personam defuncti repræsentasse existimetur. Cùm itaque, vt pragmatici existimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuentarij habeatur partim pro agnita, partim pro non agnita: pro agnita, quod ad creditores attinet; pro non agnita, quod ad heredem ipsum, plane consentaneum videtur vt hereditati curator detur, qui actiones excipiat, & quidem non eas tantùm quæ heredis propriæ sunt, sed & cæteras creditorum omnium, quoniam & hereditatis interest propter defuncti existimationem vt soluendo esse reperiatur, nec heredi ipsi aut colludendi, aut segnius creditores propulsandi facultas vlla relinquatur. Eoque passim iure vtimur. Mihi autem videtur nihil stultius, & improbabilius dici posse. Nam cùm inuentarij duplex commodum sit; vnum illud, vt si quas heres aduersus defunctum actiones habuit, eas saluas retineat, perindèque possit exercere acti heres non esset; alterum vt adeundo non se obliget creditoribus aut legatariis defuncti supra vires hereditarias, nemo non videt posse inuentarij beneficium heredi esse vtile, tametsi nihil ipsi debeatur, nimirum si hereditas suspecta sit, aut ære alieno onerata. Quo casu, quis color obsecro iuris aut æquitatis suadere potest vt hereditati curator detur, aut vt hereditas adhuc iacere videatur? An fortasse beneficium inuentarij efficit ne heres qui imploravit, verè heres esse possit? Imò verò heres reuera est, defunctique personam repræsentat, non minùs quàm si beneficium illud non imploravisset, indèque fit vt & actiones omnes hereditarias exercere possit, & à debitoribus hereditariis exigere, ac similiter creditoribus hereditariis soluere *l. vltim. Cod. de iur. dilib.* quorum omnium nihil fieri posse per curatorem istum hereditati tanquam iacenti datum, etiam Pragmatici fatentur. Quod si verum est, vt est, heredem illum esse, tùm etiam cùm legis & inuentarij beneficium agnouit, rogo an potest dici hereditas non adita, quæ heredem, id est dominum habet, aut iacens quæ est adita? aut adita pro parte, quin sit in totum etiam inuito herede? Nam si quis dicat necessariam esse curatoris dationem, vt hereditas meliùs defendatur, néve inter heredem & creditores colludatur, is profectò malè nouerit quàm è contrario frequens collusio sit curatorum huiusmodi & heredum, quantáque incuria in defendenda causa hereditatis, vt nec iam nisi dicis gratia interponi videantur, & vt sollennitati iuris satisfiat, ne sine reo & defensore iudicium consistere videatur. Et verò absurdum sit existimare curatorem, cuius nihil prorsus interest (sumi enim solet ex iis qui nihil omnino iuris in hereditate aut in hereditatem habent) maiore studio defensurum hereditatem

rem, aduersus creditores, quàm heredem ipsum, cuius lucro cessurum sit si fortè hereditas soluendo esse reperietur. Vnus ergo ille tantùm casus supereſt, in quo error pragmaticorum prætextu aliquo defendi possit, scilicet si heres qui hereditatem agnouit cum beneficio legis & inuentarii, idem creditor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur sanè, vt idem sit & actor & reus, aut vt cæteri creditores, qui defuncti personam non repræsentant, proprias heredis actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum est heredem esse actorem. Sic enim fiet vt nihil sit necesse reum aliquem & defensorem constitui aduersus quem heres agat. Etenim quod diximus heredi saluas esse suas actiones propter imploratum legis & inuentarii beneficium, non eò pertinet vt heredem pro iuribus suis consequendis agere oporteat, sed eò potiùs, vt quod ille aduersus defunctum, si viueret, agendo consequeretur, perinde possit consequi etiam post aditam defuncti debitoris hereditatem, sed tamen iure exceptionis & retentionis, agentibus scilicet contra eum creditoribus. Nam ex iuris regula, cui damus actionem, multo magis damus exceptionem & retentionem. Nec quod reus quoque in exceptione actor est, ad rem facit. Sic enim fit actor, vt simul & semel qui primus actor fuit, reus ex ea parte fiat, nec alius quærendus aut subiiciendus sit qui rei partes sustineat. Alioqui dicendum erit eadem ratione, si hereditas purè adita sit, quæ legatis, aut fideicommisso vniuersali onerata fuit, heredem cui fideicommissum antiquius debeatur, non aliter id deductu rum, quàm si curator hereditati detur, qui fideicommissi illius nomine conueniri possit vt sciatur an debeatur. Et tamen id falsum est. Deducit enim heres fideicommissum sibi debitum tanquam æris alieni loco, & similiter omne æs alienum quod sibi à defuncto debebatur, etiamsi curator nullus hereditati datus sit, defendentibus nimirum illis ipsis legatariis aut fideicommissariis à quibus conuenitur *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. falcidiam. dict. l. cùm pater 77. §. antepen. D. de legat. 2.* Quis enim vnquam dixit, hereditati quæ purè adita est, curatorem dari debere vllo, casu tanquam iacenti? Quòd si illo etiam casu quo hereditas purè adita est, saluum heredi manet ius retentionis, nec curator in eam rem dandus est, quidni idem admittemus facto inuentario? Nam nec inter hos casus quicquam interest, si iuris veteris rationem inspicias, nisi quòd si inuentarium factum non esset, heres creditoribus & legatariis defuncti in solidum satisfacere teneretur, neque deducere posset aduersus creditores quod sibi deberetur, quia cùm adeundo seipsum ille obligauerit, tenetur creditoribus etiam ex propria persona, nec interest creditorum, an ex bonis hereditariis soluat, an ex propriis, dummodò suum consequantur. Itaque non afficiunt hereditatem ab herede, imò nec minuunt cùm hereditas non dicatur deducto ære alieno, sed æs alienum etiam, sicut & incommoda cætera non minùs quàm commoda in se contineat. Proinde mirum non est nullum heredi supereſse hoc casu ius deductionis, manente eadem ratione confusionis post additionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiusdem per additionem inducendæ. In legatariis sanè aliud est, quia cùm legata non ex bonis heredis præstari debeant, sed omnino ex hereditariis, deducto etiam omni ære alieno, adeóque salua hæredi falcidia si dodrantem excedant (tantum abest vt de suo ea soluere tenea-

tur(non impedit obligatio legatorum, quominùs heres deducat & retineat quicquid ſibi debetur, quoniã illud omne eſt extra cauſſam hereditatis quæ per legata delibatur & diminuitur. Quæ ratio eſt *d.l.in imponenda.* Quanquã hoc hodie immutatum eſt per conſtitutionem Iuſtiniani in *Nouell.1, De hered.& falcid.* quæ fecit vt ſi inuentarium nullũ conſcriptũ ſit, heres non modò creditoribus(quod iam erat conſtitutum in *l.vlt.C.de iur.delib.*) ſed etiam legatariis in ſolidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non ſolùm vt falcidiæ beneficio aduerſus eos nõ vtatur qui Iuſtiniani beneficio vti noluit, quomodo cautũ erat in *d.l.vlt.* quæ in caſum non confecti inuentarii nihil aliud induxerat, niſi vt antiqua iura ſeruarentur *§.ſin autem hoc aliquis.ead.leg.* ſed etiam vt ſi ære alieno exhauſta ſit hereditas, legata de ſuo præſtare heres teneatur *d.Nouell.1.§ ſi verò non fecerit.* Atq; ita comparantur hodie, poſt *dict. Nouellam* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficiũ neglexit. Cæterum facto inuentario, ſicut ceſſat ratio illa cõſulionis quę obſtat heredi, ne habeat ius deducẽdi & retinendi proprii debiti aduerſus creditores: Itémq; conſtitutio illa Iuſtiniani quæ eidẽ heredi nocet ne aduerſus legatarios & fideicommiſſarios aut falcidiam ponere, aut quod ſibi debetur deducere vel retinere poſſit, ita fatendũ eſt ſic ei ſaluas eſſe proprias actiones, non vt eas exercere cogatur, ſed vt perinde poſſit deducere & retinere quod ſibi debetur, atque olim poterat adita purè & ſimpliciter hereditate, cùm nullus adhuc inuentarii vſus eſſet: Id eſt, per viam exceptionis, nullo in eam rem neceſſario curatore. Neque ſanè in vtraque Iuſtiniani cõſtitutione verbum vllum aut indiciũ De curatore ex hac cauſſa hereditati dando, quod tamen nõ erat prætermittendũ ſi admittendũ fuiſſet, ſed contra De iure excipiendi & retinendi eius quod heredi debetur, aperta ſunt verba Iuſtiniani in *d.l.vlt. §.in computatione*, de cuius ſentẽtia dicemus ad finẽ capitis ſequentis. Sed etſi faterer quod ſemper negabo, dari ex hac cauſſa curatorem oportere, dicerem tamen dandum eſſe curatorẽ bonis, vt fieri ſolet, cùm abſente aut latitãte debitore creditores in bonorum eius poſſeſſionẽ mittuntur, & de crediti cuiuſque iure & ordine inter eos diſputatur vt ad bonorũ venditionem peruenirí poſſit, *Tit.D.de curat.bon.dand.* Faciliùs enim ferendum eſt vt detur curator bonis, quandoquidẽ etiam poſt aditionem bona defuncti quodammodo dici poſſunt, quoniã aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, ſiue dicas dãti hereditati ſimpliciter, ſiue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla eſt, niſi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis curator detur, quæ re vera non defuncti ampliùs bona ſunt, ſed heredis, quæque dominum habent præſentem, & ad bonorum defenſionẽ ſuſpiciendam paratũ, inſtructúmque. Nam quod dicimus inuentarii beneficium inducere ſeparationem patrimoniorũ defuncti & heredis, non ſic accipiendum eſt, vt bona defuncti maneant defuncti (quod nec fieri poteſt, quia cùm is qui defunctus eſt iam nullus ſit, eſſent nullius) ſed vt quamuis acquirantur heredi, nec minus in eius dominio ſint, quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non eſſet heres ſi nõ eſſet dominus *§.vlt.Inſtit.de hered.qualit.& differ.*) ſeparatã tamen habeant rationẽ hactenus vt ex ipſis dũtaxat non etiam ex iis quæ propria heredis fuerunt, eíque aliunde quàm ex defuncti hereditate acquiſita, tam creditoribus quàm legatariis & fideicommiſſariis defuncti ſatisfiat: acſi bona defuncti cum bonis heredis confuſa non eſſent poteſtate iuris, quæ tamen re vera per aditionem ſunt confuſa.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De iurium vniuerſalium & ſingularium confuſione quæ fit per additionem hereditatis.

FREQVENS pragmaticorum verbum eſt, vnde tamen hauſtum planè neſcio, Iura vniuerſalia non confundi per additionem hereditatis. Quod falſum eſt. Nam cùm ea confuſio quam poteſtas iuris ex additione inducit, non aliam rationem habeat quàm quòd fieri non poſſit vt idem ſui ipſius ſit debitor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in eandem perſonam iure debitoris & creditoris *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. additio. D. de ſolut. l. debitori 7. Cod. de pact.* Apparet non magis fieri poſſe quod ad iura vniuerſalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confuſio nulla fiat debiti & crediti eodem exiſtente debitore & creditore. Vtroque ſiquidem caſu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuerſali iure fideicommiſſi heredi ipſi à defuncto debiti conſtitutum leginus in *l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt ab herede poſſit deduci, idem ipſum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet ſingulari ſcriptum etiam eſt in *l. in imponenda 6. eod. tit.* Quinimò nec in fideicommiſſo vniuerſali ius illud obtinet, niſi quia fideicommiſſum eiuſmodi loco æris alieni eſſe intelligitur, *dict. l. irritum.* Quid ergo refert an fideicommiſſum vniuerſale fuerit an ſingulare, quod heredi ipſi à defuncto debitum fuit? Iura nimirum omnia & vniuerſalia & ſingularia per hereditatis additionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, ſi quando ei hereditatis commodum vel ex cauſſa fideicommiſſi quod ab eo relictum ſit, vel per legatarios, non tamen per creditores aufferatur: tametſi hereditatem purè adierit, iure ſcilicet vetere inſpecto, vt conſtat ex *dict. l. in imponenda. & dict. l. irritum.* Nam iure nouo, id eſt poſt Iuſtiniani conſtitutiones, in *dict. lege vltima. Cod. de iure deliberandi. & Nouell. 1. De hered. & falcid.* diſtinguendum neceſſariò eſt, an inuentarij beneficium imploratum ſit, necne, non quod pertinet ad ius confuſionis (ſiue namque inuentarium factum fuerit ſiue non, confuſio fit, quoniam & is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, reuera heres eſt, & conſequenter idem debitor & creditor) ſed quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid ſibi à defuncto debitum fuit, nec tantùm aduerſus legatarios, ſi de ponenda falcidia quæratur, aut aduerſus fideicommiſſarios, ſi ex fideicommiſſo reſtituenda ſit hereditas: ſed etiam aduerſus ipſos creditores hereditarios, quod olim diuerſum erat (non enim ſicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ratio cum creditoribus ponitur deducto ære alieno.) Qui verò inuentarium neglexit, non item: ne quidem quod ad ipſos legatarios & fideicommiſſarios ſpectat, poſtquam placuit Iuſtiniano vt in pœnam neglecti inuentarij obligetur heres non ſolùm creditoribus defuncti, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis omnibus, & quidem in ſoli-

dum, id est non ad finem vsque puræ defuncti substantiæ, quomodo loquitur Iustinianus in §. *si verò non fecerit d. Nouell.* 1. *De hered. & falcid.* eius nimirum quæ superest detracto omni ære alieno *l. vltim. Cod. de repud.* sed etiam supra vires hereditatis: inde enim fit vt hodie legatarij & fideicommissarij non iam legatariorum & fideicommissorum, vt anteà, sed creditorum iure hoc casu censeantur, quemadmodum superiore capite à nobis explicatum est. Denique cùm aditio nonnumquam cedat loco confusionis, nonnumquam etiam loco solutionis *dict.* §. *aditio*, Iustiniani constitutionibus inductum est, vt non modò confusionis, verumetiam solutionis loco cedere debeat si inuentarium nullum factum sit. Non illa solùm ratione quæ iuris veteris fuit, quod soluendo esse intelligatur hereditas quæcumque heredem habet *l. quæ dotis* 33. *D. solut. matrim. l. libertus* 39. *D de bon. libert* (neque enim solutionis loco cedebat olim aditio cuius commodum heredi non per creditores sed per legatarios aut fideicommissarios eriperetur *l. debitor.* 56. In illis verbis, *verum est enim non esse solutam pecuniam. D. ad S.C. Trebell. dict. l. in imponenda. & dict. l. irritum l. cùm emptor.* 48. *D. ad leg. fal. cid.*) At propter præsumptam heredis malam fidem qui dolo malo in hereditate versatus, & vt Nouellæ verbo vtar, multa malignatus præsumitur, multa etiam subtraxisse ex quibus sibi soluisse credendus est: cui præsumptioni non perinde locus olim erat priusquàm inuentarij beneficium inductum esset. Facto autem inuentario cedit hodie aditio confusionis etiam quidem loco (nam sicuti Iustinianus non fecit vt qui heres est cum beneficio inuentarij non sit reuera heres, ita nec facere potuit vt per beneficium inuentarij confusio iurium impediatur, quam diximus ex eo fieri quod heres idémque creditor adeundo hereditatem debitoris, sui fiat etiam debitor) sed non etiam loco solutionis, sicuti nec olim quod ad legatarios & fideicommissarios. Nam si solutionis quoque loco cederet, non superesset saluum heredi ius deducendi & retinendi quod sibi debitum esset à defuncto, quódque pro iam soluto haberetur, quod tamen hodie saluum quemadmodum & olim fuit, hac sola differentia quòd cùm olim non nisi aduersus legatarios & fideicommissarios saluum esset, hodie tamen etiam aduersus creditores ipsos saluum est. Nempe quòd sicut æquum est duriorem esse hodie condicionem eius qui hereditatem absolutè adit, quàm olim esset propter inductum à Iustiniano neglectúmque ab herede beneficium inuentarij hactenus vt ne quidem quod ad legatarios & fideicommissarios attinet saluum habeat ius retinendi & deducendi eius quod sibi à defuncto debebatur: Ita ex contrario meliorem esse oporteat condicionem illius qui inuentarium confecit quàm fuisset olim heredis puri: vel hoc ipso vt beneficium aliquod ex Iustiniani lege heres sentiat: cui proculdubio fauere Iustinianus voluit non nocere. Alioqui non posset dici quis foret effectus nouæ constitutionis, nisi ille vnus (quòd prorsus à Iustiniani mente alienus esset) vt heredum qui inuentarium non conficerent durior esset caussa, quàm olim fuisset ante inuentarij beneficium introductum. Itaque apparet non solùm pragmaticos, quod minùs mirandum dolendúmque esset, sed eruditiores etiam pleróque iuris interpretes partim hic labi, existimantes Iustiniani lege factum esse vt implorato beneficio inuentarij confusio iurium heredis omnino impediatur, quæ sanè nullo modo nulláque iuris constitutione impediri potest.

Debuerunt

Debuerunt dicere Iustiniani legé hoc nouũ induxisse, vt quamuis per aditionem confusio fiat iurium, non tamen ea confusio solutionis etiam iure censeatur, ne quidem quoad creditores, multo minus igitur quod ad legatarios & fideicommissarios, qui nec creditores sunt, nec pro creditoribus habentur, nisi in odium eius heredis qui inuentarii beneficium vltro neglexit: idque non ex *dict. l. vlt. C. de iure deliberandi*, quę de creditoribus tantùm loquitur, neque obligat heredem legatarius in solidum, nisi hactenus vt falcidiam detrahere non possit, sed ex *dict. Nouell.* 1. *de hered. & falcid.* §. *si verò non fecerit*, quæ primùm hoc ius induxit, vt legatariis & fideicommissariis exemplo creditorum heres qui inuentarium non fecit obligetur etiam supra vires hereditatis, i. nec falcidiæ iacturâ liberetur. Sicque proculdubio accipiendũ est, quod Iustin. alioqui satis malus latinitatis & iuris auctor scribit in *d. l. vlt.* §. *in computatione*, Actiones non confundi quas contra defunctum habuit heres qui inuentarium fecit. arg. *d. l. in imponenda*, in cuius specie non confusio quæ per aditionem hereditatis contingit, sed confusionis effectus impeditur, vsque deducendi & retinendi proprii debiti heredi conseruatur. Nam & ad ius illud deductionis, exceptionis & retentionis proculdubio respicit Iustin. in *dicto* §. *in computatione*, vt probant priora illa verba *damus ei licentiam excipere & retinere quicquid in funus expendit*, &c. Quo enim iure potest heres excipere & retinere quod in funus impendit nisi tanquam factus ex ea causa creditor? Quid verò interest quod ad formam agendi pertinet, vtrum heres creditor esse cœperit post mortem defuncti, an verò iam ipso mortis tempore creditor fuerit? Proinde quod lex ait, actiones, si quas habuit, eas confusas non intelligi, sic omnino accipiendum est vt eodem exceptionis & retentionis iure sibi consulere heres possit ne actionum suarum commodo cadat. Ex quo apertiùs constat quàm verum sit quod superiore capite disputauimus, nihil causæ esse cur implorato legis & inuentarii beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat. Quid si heres ipse defuncto debuit, an confusio fiet, aut quomodo agent creditores? Dicam infrà cap. 6. ad fin.

ERROR QVINTVS.

De herede qui dolo malo versatus est in hereditate cuius inuentarium fecit.

MVLTÆ sunt & variæ sollennitates quas obseruari Iustinianus præcepit in conficiendo inuentario ab herede qui legis & inuentarii beneficiũ implorauit; propter quã causãm hoc immeritò sollenne hoc inuentariũ vulgo appellatur ad differentiam cæterorum quæ à tutore aut curatore bonis dato & aliis eiusmodi personis fieri solent, quæ vix vllam iuris sollennitatem aliam desiderant quàm vt bona fide conscribantur. Inter cæteras autẽ sollennitates vna illa est, vt heres inuentario subscribat, & affirmet nõ nudâ subscriptione, vt constitutũ erat in *l. vl.* §. *sin autẽ dubius. C. de iur. delib.* sed quod additũ est per *Nouel.* 1. §. *hinc nobis. De her. & falc.* adhibito etiã iureiurando, nullius se consciũ esse malignitatis, id est, vt apertiùs explicat *d. l. vlt.* quod nulla malignita-

te circa res hereditarias à se facta vel facienda, ex res apud se remaneant. Quin & ab ipsis testibus iurari Iustinianus voluit, quòd adhuerint iis quæ gesta sunt, & viderint quæ tunc agebantur, & in nullo consci sint factæ ab herede malignitatis, quæ ipsa Nouellæ verba sunt. Hinc quæritur, si posteà conuictus sit heres aliquid ex hereditate subripuisse aut celauisse, vel amouendum curauisse, An inuentarii beneficio priuandus sit, & doli nomine hactenus coercendus, vt creditoribus & legatariis omnibus in solidum, id est etiá supra vires hereditarias teneatur. Pragmaticis placet teneri, ratione illa, sanè vt prima specie videtur, non iniqua nec absurda, quod legis beneficio indignus sit qui dolũ admisit & qui in legem ipsam peccauit, addito etiam periurio, ne alioqui euenat vt & periurii sui fructũ sentiat, & Iustiniani beneficiũ ad creditorum & legatariorum iniuriam protrahatur, usque captiosum sit quod nunquam certè ferendum est. *l. Paulus notat* 8. *D. de stipulat. prætor.* Extra hanc cautelam, id est nullo circa res hereditarias admisso dolo, si quid peccatum sit in forma conficiendi inuentarii propter omissas aliquas sollennitates culpa fortassis tabularii, id est eius qui tabulis & scripto committit inuentarium, non putant pragmatici vsque adeò nihil ranè agendum esse cum herede cuius dolus nullus arguitur, vt legis auxilio quod imploratuit carere debeat; & hoc iure vtimur. Mihi posterior huius pragmaticorum sententiæ pars probatur, prior non item. Nam cùm heredis dolus nullus interuenit, iniquissimum sanè fuerit ex sola tabularii culpa damnum ipsi irrogari, præsertim cùm nec imputari ei possit cur tabularium non elegerit peritiorem: solent enim qui inuentaria hæc conscribunt à iudicibus eligi, & ex eorum quidem numero quos iudex sciat in ea re melius versatos, vt pauci sunt qui hanc praxim adprimè calleant, vixque vnquam contingit adeò exactè satisfieri sollennitatibus omnibus, vt non in aliquo peccetur. Et certè aliter posito iure euenire facilè vt ipsi quoque heredi beneficium ipsum inuentarii esset captiosum, cùm is non aliter suspectam defuncti hereditatem fuisset aditurus, at potiùs repudiaturus. Neque verò quicquam interest creditorum & legatariorum, quibus vtrique consuli potest commodè alio inuentario, quod ipsius tabularii sumptibus ab alio tabulario ritè rectèque reficiatur. Nimirum si quid omissum sit ex iis sollẽnitatibus quæ sunt præcipuæ & maioris momenti: Leuiorum enim omissio non solet nocere, nisi accedente dolo, nec facilè iudices in eam inclinant sententiam, vt inuentarium licèt minùs ritè factum pronuncient nullum esse. Interesset quidem creditorum & legatariorum pũrè aditam esse hereditatem potiùs quàm cùm beneficio legis & inuentarii, sed postquam semel adita est implorato legis beneficio nihil eorum interest an ex priore an ex posteriore inuentario beneficium legis retineatur. At cùm heredis dolus interuenit, fateor quidem æquum fore constitui, vt creditoribus & legatariis in solidum & supra vires hereditarias teneretur is, qui lucrum illicitum ex alterius iniuria per legis beneficium dolo malo captaret, sed tamen nego ita ius constitutum fuisse. Est enim expressa in eam rẽ constitutio Iustiniani in *d. l. vlt. §. licentia. in fi. C. de in. delib.* vbi scriptum est, heredẽ, qui agnouit beneficium legis & inuentarii, & inuentarium fecit iuxta eam formam, quæ ipsa lege præscripta est, si cõuictus fuerit aliquid ex hereditate subripuisse, aut celauisse, vel amouendum curauisse, non aliam pœnam pati debere, quàm vt duplum præstet, aut sibi imputet earum rerum quas celauit aut subtraxit. Manet igitur nihilominùs

heres

heres ex beneficio legis & inuentarij, quia & duplum ipſum, tanquam talis heres præſtat, quandoquidem ſi ex eo dolo fieret heres abſolutè nulla inuentarij habita ratione, fruſtra condemnaretur ad duplum inferendum qui etiã non illato duplo in ſolidum omnibus & creditoribus & legatarijs ſatisfacere cogeretur. Non enim quòd dicimus duplum ab eo præſtari, hunc ſenſum habet, vt cùm ex creditoribus aut legatarijs centum debentur, cogatur ducenta ſoluere ſed illum potius, vt ſi rem ſubtraxerit dignam centum, cogatur inferre ducenta in hereditatem, vt hereditas iis centum aucta locupletior fiat, & debitis legatiſque exſoluendis idoneior. Neque poſſum videre quænam in nouella Iuſtiniani lege *De heredit. & falcid.* verba ſint ex quibus ſupradicta prioris conſtitutionis pars correcta videri poſſit. Etſi enim apertum eſt Iuſtinianum in *d. l. vlt.* id vnum agere vt faueat heredibus legis ſuæ beneficium agnituris, hactenus, non vt creditoribus & legatarijs damnum adferat, ſed duntaxat vt ne ex damno ſe hereditatis additione meliorem ipſorum conditionem fieri patiatur, in nouella verò contra, proſpicere magis velle creditoribus & legatarijs non quaſi priore lege abrogata, ſed in odium heredis beneficium inuentarij aut ſtatutas præſcriptaſque ſollemnitates negligentis, tamen quod ad hanc rem attinet, id eſt in coercenda malignitate heredis qui ſubtraxit res hereditarias nihil prorſus noui Iuſtinianus induxit, niſi vno illo caſu, vt verba ipſa demonſtrant, quo heres implorato inuentarij beneficio, tamen neglexerit conficiendi inuentarij ſollennitates. Vtrunque enim Iuſtinianus requirit, id eſt, vt & forma inuentarij non ſit ritè obſeruata, & dolo malo heredis factum fuerit ne obſeruata ſit. Ex quo magis apparet, ſi nihil præter dolum interuenerit, ſeruatis alioquin ſollennitatibus omnibus, non id velle Iuſtinianum vt heres beneficio legis priuetur. Planè ſi concurrente dolo aliqua ex ſollennitatibus vel minima omiſſa ſit, erit locus conſtitutioni, vt heres in ſolidum condemnetur, non propter omiſſionem ſolennitatis duntaxat, nec propter dolum ſolum, ſed propter concurſum vtriuſque, quoniam ita lex ſcripta eſt. Licet leuiorum ſollennitatum omiſſio alioqui nullius ſit momenti, ne quidem ad obligandum heredem vt aliud inuentarium ex integro fieri curet, quemadmodum ſuperiùs diximus. Nec eſt quod quis dicat noua illa Iuſtiniani lege hoc additum eſſe ad priorem, vt heres inuentarium conficiens non tantùm ſubſcribat, ſed etiam ſubſcribendo fuerit ſibi ſe circa res hereditarias dolo malo feciſſe: Æquiſſimum autem eſſet & rationi adprimè conſentaneum, vt qui peieraut, potioris ſit conditionis quàm ſi nudo mendacio ſe oneraſſet. Nam reſpondeo additum illud fuiſſe maioris ſollennitatis gratia, ac ne tam facilè iniuriam committerent heredes poſſent: ſolent enim plerique mortalium alioqui faciles ad mentiendum & delinquendum difficiliores eſſe ad peierandum: vana vtique ſuperſtitione potius quàm vera religionis veneratione, cùm extra cauſſam perinrij Deum Opt. Max. proximumque vltrò & conſultò offendere non dubitent. Itaque ſi ponas heredem qui ſubſcripſit, nihil ſe feciſſe dolo malo, nullum de ea re iuſiurandum interpoſuiſſe, & tamen doloſè verſatum eſſe, fatebor ex ea Iuſtiniani conſtitutione indignum eſſe beneficio inuentarij heredem qui alioqui ante nouellam indignus non fuiſſet, non ob id quòd dolum admiſerit, ſed quia ſollennitate iuris dolo malo præterm iſit. Duo enim illa hîc concurrunt quæ requiri diximus, vt heres qui inuenta-

rium confecit, perinde obligetur acsi non feciſſet: Dolus malus, & peccatum in forma. Sed ſi iurauerit & peierauerit, nego fieri eum indignum, quia licèt ſit in dolo, nec viri boni officium impleuerit, legis tamen præſcripto & ſollemnitati ſatisfecit. Neque enim ſicut ad formam & ſollemnitatem neceſſariam illud pertinet vt heres iuret, ita illud quoque, ne peieret, ſed potiùs ad conſcientiam & bonam fidem: nunquam autem ex periurij cauſſa creſcit pœna eius qui peierauit, niſi ſi quando ita expreſſim conſtitutum ſit, quia periurium ſatis Deum vltorem habet *l. 2. Cod. de reb. credit.* Sublata verò periurij cauſſa nihil ſupereſt quod obiici poſſit heredi præter dolum malum, qui porrò non minùs interuenit, periurio ceſſante quàm accedente. Quid ergo, inquies, An dololo heredi fauendum eſt? Minimè verò: ne tum quidem, cùm nec iurauit nec peierauit. Sed dico legem ſeruandam eſſe quæ certam aliamque in hunc caſum pœnam conſtituit, Dupli ſcilicet, pro quaque re ſubtracta inferendi. Iam profeſſus ſum non placere mihi hac parte Iuſtiniani legem, potiúſque debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſe probaretur, inuentarij beneficio & commodo priuaretur. Sed non eſt noſtrum in ea re in qua ius certum habeamus ex apertiſſimis verbis legis, prætextu vllo æquitatis recedere ab eo quod ſcriptum præſcriptúmque eſt *l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manum.* Edictum Principis in eam rem neceſſarium eſſet his præſertim temporibus in quibus vix eſt vt beneficium hoc Iuſtiniani alioquin iuſtum ſatis & æquum, ſi ex bona fide res tractaretur, non trahatur ad iniuriam creditorum & legatariorum, heredibus paſſim illud implorantibus, tum etiam cùm opulentiſſima & locupletiſſima hereditas eſt: non proinde vt ſibi caueant, ſed vt creditoribus & legatariis omnibus moram faciant, ac longioribus litium anfractibus & tergiuerſationibus dilata in annum aliquando trigeſimum & quinquageſimum ſententia iudicis De rebus hereditariis à creditoribus ex ordine poſſidendis vel venundandis, graſſentur interea liberiùs in hereditate, plenóque ipſius iure & commodo fruantur proinde acſi nec creditor nec legatarius quiſquam eſſet. Placeret autem vt huic malo occurreretur (agam enim hic conſiliarium Principis & Senatorem) ita ius conſtitui edicto Principis, non quomodo in Gallia conſtitutum eſt, ſi reperiatur ex ſubſtitutis aut ex agnatis & cognatis proximioribus aliquis, qui paratus ſit hereditatem abſolutè agnoſcere & citra beneficium legis, audiendus ille ſit vt heredi ſiue ſcripto ſine legitimo præferatur, eique & inuentarij & hereditatis ſimul commodum eripiat: (nimis enim hoc diſſitum eſt à iure ſcripto & à lege Iuſtiniani, cuius ſemper ſalua ſanctáque quantum fieri poteſt autoritas apud nos eſſe debet: Sed vt quemadmodum Iuſtinianus certum tempus conſtituit inuentario & inchoando & abſoluendo, ita & aliud perinde certum tempus heredi præfigeretur, ad ſummum ſemeſtre, niſi ſi quando ex patrimonij & perſonarum qualitate breuius dari deberet, intra quod iuberetur curare & effectu ipſo perficere, vt inſtantia, quam diſcuſſionis vocant, terminaretur, & de creditorum ac legatariorum omnium herediſque ipſius iure ac ordine pronunciaretur: id ni faceret, remoueretur non quidem à beneficio inuentarij (eſſet enim fortaſſe id nimis durum, præſertim ſi quam potuiſſet abſoluendæ inſtantiæ diligentiam heres præſtitiſſet, quo tamen etiam caſu idem ius conſtitutum vellem, ne qua facti quæſtio aut ſubterfugij occaſio relinqueretur) ſed ab hereditatis poſſeſſione,

ſeſſione, eáque poſſeſſio ei ex creditoribus qui eſſet anterior, & maioris pecuniæ creditor, in fiduciæ ſpeciem adiudicaretur, præſtita per eum ſatisdatione De bonis benè administrandis, & rationibus administrationis bona fide reddendis, niſi ſi mallent creditores eligere alium ex creditoribus, aut virum probum non creditorem, qui eam bonorum administrandorum curam ſuſciperet, vt in *dict. l. 2. De curation. bonor. dand.* Sic enim fieret vt vel amittendæ poſſeſſionis metu, vel eius recuperandæ ſtudio & auiditate heres diligentior fieret ad inſtruendam finiendamque diſcuſſionis inſtantiam, Aut ſi negligens eſſe pergeret, nihil obſtaret quominus diligentiam præſtare quantam vellent, creditores ipſi poſſent, nec haberent de quo magis quàm de ſeipſis quererentur.

ERROR IV.

De herede qui res hereditarias contrectauit, aut imploratum beneficium inuentarij.

HVic errori ſuperior cauſſam dedit: nam pragmatici ſicut non dubitant quin beneficio legis & inuentarij planè indignus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate, tametſi omnes in conficiendo inuentario ſollennitates adhibuerit, ita defendunt non eſſe eum audiendum ſi poſt contrectatas pro arbitrio res hereditarias imploret beneficium legis & inuentarij, ratione præſumpti, vt inquiunt, doli, propterea quòd credendum ſit in fraudem creditorum & legatariorum captari beneficium huiuſmodi ab eo, per quem factum ſit quominus res integra videri poſſit. Ergo ſi è contrario verum ſit, vt eſſe probauimus, non eo minùs heredi ſaluum eſſe beneficium legis, quòd in conſcribendo inuentario dolum admiſerit, ſi modò ad dolum non accedat omiſſio ſollennitatum, planè conſequens fiet vt multo magis dicendum ſit præſumptum dolum ei non nocere, cui nec apertus probatúſque noceret. Quamquam nec video cur præſumptio doli tam facilè capienda ſit aduerſus heredem boni fortaſſe nominis, qui & iure ſuo vſus eſt contrectando res hereditarias, & nunc vtitur iure communi imprecando beneficium inuentarij. Solet enim dici Dolo non facere eum qui iure, ſiue ſuo, ſiue communi vtitur. *l. vltim. Cod. de in integr. reſtit.* Nam quid eſt obſecro, quod ei poſſis imputare, cùm tempus ipſum quod inuentario conficiendo præſcriptum eſt, non currat niſi ab adita hereditate, vt pragmatici quoque fatentur? Aditam ergo priùs hereditatem eſſe neceſſe eſt vt inuentarij beneficio locus eſſe poſſit: Quid porrò intereſt an verbo heres declaret ſuam voluntatem, an facto, id eſt gerendo pro herede quod fit attingendo & contrectando res hereditarias: *l. gerit 88. de acquir. hered.* Quidni verò heredi liceat poſt aditam hereditatem contrectare pro arbitrio res hereditarias cùm reuera heres & dominus ſit, nec eo magis, deſinat eſſe heres quod beneficiũ legis

& inuentarij agnouerit? In eoque nimirum differt beneficium inuentarij à beneficio restituendi, quod quoniam non competit ei qui iam heres est, sed ei demum qui heres fieri potest, excluditur sanè & amittitur, si is qui deliberare se dicit, attingat interea quid hereditarium, & quidem ita vt ratum fiat heres absolutè, nec quamuis tempora largiuntur, electionem habeat, an beneficium inuentarij agnoscere velit, an absolutè heres esse. Sic enim à Iustiniano constitutum est, in poenam eius qui deliberare maluit quàm inuentarij beneficiũ agnoscere *l. vlt. §. sin autẽ hoc aliquis C. de iur. delib.* At is qui hereditatem iam adijt cùm heres sit & esse velit, siue absolutè, siue cùm beneficio inuentarij quandiu per legem licet, cur non possit ea omnia facere quæ citra ius & nomen heredis heri nequeunt? Aut cur ex ea causa priuetur beneficio inuentarij ob factum id quod iure suo facere potuit? Denique vbi desinit ius deliberandi, ibi incipit ius conficiendi inuentarij, id est ex quo adita est hereditas. Alioqui quid dicemus si bona fide adit hereditatẽ nihil cogitãs de futuro inuentario, quòd absolutè heres esse vellet, existimas fortasse opulentissimam esse hereditatẽ, quæ reuera est damnosa, postea verò contrectatis iam rebus hereditariis, meliúsq; exploratis viribus hereditatis, & apparẽtibus iam creditoribus qui anteà latebant, confugit ad auxiliũ Iustinianeum? An illi imputabimus cur nõ in ipso adeundo hereditatis momento inuentarium confecerit? Atqui satisfecit legi, si modò intra diem trigesimũ ab eo aditæ hereditatis die numerandum inuentarij confectionem inchoauerit, deinde sollenniter perfecerit. Nihil enim aliud est quod ab eo Iustiniani lex requirat. Quin & ob eã nimirum causam constitutum est à Iustiniano, vt quo tempore inuẽtarium fit, heres iuret nihil à se dolo malo admissum fuisse circa res hereditarias, nihil subtractum, celatum nihil. In quo obseruandum est quod errorem pragmaticorum apertissimè detegit, non iuberi heredem iurare nihil se egisse hereditarium, sed nihil se subtraxisse, aut amouisse, aut amouendum curauisse, nihil denique dolo malo in hereditate aut circa hereditatem fecisse; cuiusmodi iurisiurandi interponendi ratio nulla esset, si nec ante iusiurandum illud interpositum hereditarias res contrectare ipsi liceret. Quomodo enim subtraxisse potest, qui ne quidem potuit contrectare? Fateor non sine causa posse suspicionem incidere, quòd heres aliquid ex hereditate subtraxerit & amouerit, quia fuit ei facilè ita facere si voluit ille dolo malo versari. Sed ea suspicio tantùm non præsumptio est, nec heredem ad aliud obligat nisi vt iuret, ad purgandum se de dolo malo, non etiam vt inuentarij beneficio priuetur: Ne alioqui eueniat, quod esset iniquius, vt periurus quoque fuisse credatur. Cur enim adigas eum ad iurandum, si nec iuranti vis credere? Non quod aduersus eiusmodi iusiurandum probatio in contrarium admitti nequeat (est enim generale vt aduersus iusiurandum quod purgationis vocant, salua sit probandi facultas) sed hactenus saltem vt præsumpti illius doli suspicio per iusiurandum extinguatur, nec heredi possit obiici conscientia doli quin dolus ipse apertissimè probetur per creditores & legatarios dolum allegantes. Idipsum scilicet suadente iuris regula quæ probandi necessitatem irrogat iis omnibus qui allegant & obiicium dolum *l. quoties 18. §. qui dolo D. de probat.* Et verò cùm etiam is qui ex delata sibi hereditate aliquid clam amouit, & quasi furtim subtraxit, non eo magis censeatur heres, quia contrariam voluntatem admissum ipsum declarat, vt lex ait, id est, quoniam ex ipsa facti

quali-

Digitized by Google

qualitate apparet non tam voluisse illum adire hereditatem quàm furtum hereditati facere, quandoquidem si heres esse voluisset, res hereditarias pro arbitrio & ante omnium oculos tractare potuisset *l. si quis 21. D. de acquir. hered.* quanto minùs dicendum est hereditati in solidum obligari eum qui fecit inuentarium, ob id solùm quod ante confectum inuentarium aliquid subtraxerit aut celauerit? Ei namque qui subtraxit & expilauit res hereditarias ante aditam hereditatem multo plus præstamus, cùm nullo modo hereditati eum obstringimus, quàm ei cui saluum inuentarij beneficium seruamus post aditam hereditatem expilatam. Hic enim semper heres manet, & quidem inuitus, ita vt nec audiri debeat, si, quod aliquando multi vellent, hereditatem aditam repudiare mallet, quàm cum beneficio legis & inuentarij retinere: quia cùm perinde heres re vera sit is qui cum beneficio legis & inuentarij heres est, atque is qui purè & sine adiectione heres est, nō magis fieri potest vt qui hereditatem adiit implorato etiam ab initio iure inuentarij admittatur ad repudiandā hereditatem quàm si purè adiisset. Neque est quod quis obiiciat nihil interesse an heres desinat heres esse, an verò heres maneat cum beneficio legis & inuentarij, cùm vtroque casu sit securus, nec vllum ex hereditate damnum sentire possit. Non enim hereditatis incommodum vnum illud est duntaxat, quòd si heres obligetur in solidum creditoribus & legatarijs supra quam sit in facultatibus hereditarijs, sed illud etiam quòd negotijs hereditarijs implicatur, quibus prudens paterfamiliās plerunque implicari nollet, ne tum quidem cùm maxima lucri spes subesset, *l. quia poterat 4. D. ad SC. Treb.* multo minùs is qui nulla lucri spe alliciatur. Atqui beneficium inuentarij non præstat heredi vt non implicetur negotijs hereditarijs, sicut nec vt ex ea hereditate quæ alieno ære prorsus exhausta est, lucrū aliquod sperare possit, sed tantùm ne damnum & proprij patrimonij iacturā pati debeat. Proinde fieri facilè potest, fitque sæpenumero, vt ei qui hereditatem adit cum beneficio legis & inuentarij, multo commodius foret hereditatem prorsus respuere, si liceret, quàm ea lege & conditione retinere. An igitur permittemus heredi vt totum illud intermedium tempus, quod sequitur aditionem, & præcedit inuentarij confectionem, liberum habeat ad grassandum in hereditate, vt ei non modò delinquendi & res hereditarias expilandi, sed etiam peierandi non tam relinquatur, quàm præbeatur occasio? Minimè. Nam si conuictus fuerit dolo malo quid fecisse, celauisse, amouisse, expilasse, condemnandus erit vt duplum inferat, ex Iustiniani constitutione: quæ si cui mollior videbitur, vt esse non negotiam enim superiore capite sum professus debuisse constitui vt heres qui dolo malo quid fecisset, ab inuentarij commodo arceretur) cogitare is debebit pœnas legibus constitutas, etiamsi leuiores, quàm par sit, esse videātur, tamen à iudicibus exasperari nec posse, nec debere citra nouæ legis autoritatem. Optimum autem aduersus huiusmodi heredum fraudes, quæ hodie tam frequentes sunt, remedium illud esset, si abrogata hac parte Iustiniani lege, prohiberetur quisquis heres esse vellet, ne quicquam attingeret hereditarij, ex bonis scilicet mobilibus, aut se mouentibus, quorum facilis occultatio & subtractio est (nam quod ad immobilia pertinet, vix vlla fraudis suspicio subesse potest) ante confectum inuentarium, si non eo ipso instanti, quo attingere inciperet, declararet velle se heredem fieri absolutè, & inuentarij beneficium abiicere, id ni faceret, hoc ipso inuentarij beneficium abiecisse intelligeretur. Ac quoniam

adhuc facti quæstio relinqui posset an attigisset nécne, illud prætereà addi vellem, & constitui vt defuncto eo de cuius hereditate ageretur, obsignarentur statim arcæ & cœnacula in quibus bona illa mobilia essent recondita, vt certò sciri posset non fuisse expilatam hereditatem. Quod consilium etiamnum prudentes plerique heredes vt non solùm idemnitati sed etiam existimationi suæ consulant, sequi solent: nam si quis pergat calumniari & obiicere suspicionem expilationis factæ per heredem iam adhuc viuo testatore, & priusquàm heres esset, dicam nihil vnquã certi iuris fore si huiusmodi suspiciones probationũ iure censeantur, nec nouũ esse vt probatio magis quàm ius deficiat: neque rursum vlla lege aut constitutione fieri posse vt malis & perditis hominibus nulla delinquendi via supersit, sed illud sufficere vt peccandi occasio nulla præbeatur. Denique ex eo quod heres scriptus aut legitimus fecerit viuo patrefamilias non posse condicionem eius fieri deteriorẽ quod ad causſam hereditatis & successionis pertinet, cui nec locus vllus esse incipit nisi à quo tempore paterfamilias defunctus fuit: illáque furti actionẽ ex ea causſa supersse, extinctam quidem aditione hereditatis, & confusam, ipso iure, sed quæ tamen pro confusa haberi non magis debeat, quàm cæteræ actiones quæ defuncto aduersus heredem competierunt, sicut nec è contrario pro confusis habentur illæ quas heres contra defunctũ habuit. Vtrunque.n.sit eiusdẽ legis ac inuentarij potestate. Hac vna differentia, quòd propriæ heredis actiones ei saluæ sunt per viam retentionis duntaxat, vt suprà diximus cap.3.& 4. Quæ autẽ contra ipsum defuncto competierunt, saluæ sunt creditoribus etiã iure actionis vt possint ipsi experiri proprio iure si actionis qualitas id patiatur, vt in actione furti cõtingit quę datur iis omnibus, quorum interest: nemo enim dubitat quin creditorum intersit hereditatem debitoris sui quæ nunc soluendo non sit, expilatã non esse. Quod si ea actio est quam non possint creditores ex propria persona exercere, non quidẽ eo magis curator hereditatis bonisve dabitur, quomodo pessimè grãmatici sentiũt, sed creditores actionẽ sibi quisque competentẽ ex causſã crediti exercebunt in solidum acti inuentarium confectum non esset, & herede excipiente de beneficio inuentarij replicabunt de dolo, si non paratus sit heres pati vt ad eã vsque summam quam defuncto debuit, condemnetur. Sic euenit vt parũ interfit, an viui an defuncti patrisfamilias bona expilauerit is cui hereditas siue testamentaria siue legitima defertur. Vtroque enim casu tantundem præstat, id est duplum, quæ pœna etiam est furti manifesti. Nec sanè valde distat à fure manifesto is qui hereditatem præsertim euidenter opulentam expilat, vt posteà prætextum quærat auxiliũ legis implorando. Sed tamen nihil vetat furem quem esse & nihilominus heredem cum beneficio inuentarij: nam & ei hereditarię furtum fieri potest cùm ea alteri est obligata, *l. hereditaria 68. cum duab. seqq. D. de furt.*

ERROR VII.

De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus est ex quo iure sibi deferatur hereditas.

EVENIT aliquando vt ex duplici iure deferri possit alicui hereditas, nec tamen certũ sit ex vtro deferatur, vt puta, si filiusfamilias aut emancipatus institutus sit in eo testamento in quo sit præteritus venter, qui vacuúsne sit an plenus dubitetur, aut quem sciatur quidem plenum esse, sed de quo ignoretur an posthumus nasciturus sit nécne.

ſit nécne. Etſi enim hoc caſu certum eſt heredi ſcripto delatam iri hereditatem aut ex teſtamento ſi poſthumus non naſcetur, aut ab inteſtato ſi naſcetur, interim tamẽ & incerto eo ex neutro iure poteſt acquiri hereditas, quia illud imprimis neceſſarium eſt ad acquirendam hereditatem, vt qui vult ſibi acquirere, & cauſſam & ius acquirendæ hereditatis intelligat *l. ſi is ad quem 22. D. de aquir. hered.* Vnde neceſſitas illa inducẽdæ decretalis bonorum poſſeſſionis, de qua *in l. ventre 84. eod. tit. l. 4. §. vlt. & ſeq. D. de bonor. poſſ. cõtra tabulas*, vt in vtrumq; euẽtum ei conſulatur, qui omnimodo rem habiturus eſt, ſcripſi *lib. 1. Conſcl. cap. 10.* Idem eſt ſi quis inſtituto vẽtre tutor datus ſit poſthumo qui naſcetur, & in eum caſum quo non naſcatur, eidem vulgariter ſubſtitutus. Nam quemadmodum deferri nequit hereditas ab inteſtato, quãdiu ſucceſſioni teſtati locus aliquis eſſe poteſt, nec rurſum ex teſtamẽto ipſo, quandiu teſtamentum in eo eſt vt agnatione poſthumi rumpi poſſit, ita neq; ex ſubſtitutione quandiu inſtitutio effectum habere ſperatur. Ac proinde his caſibus & aliis eiuſmodi certum eſt non poſſe aquiri hereditatem vllo iure. Quærunt tamen pragmatici, an inuentarium confici interea poſſit, nec dubitant poſſe, quòd ea res, inquiunt, nemini ſit damnoſa aut incommoda, quinimò potiùs interſit creditorum fieri inuentarium, ne quid interim ex hereditate ſubripiatur, aut malè diminuatur. Dicebam inuentaria illa quæ poſtulantibus creditoribus, aut dominis res ſuas vindicantibus, fieri ſolent ad ſaluum, vt loquuntur, ius habentis, multum differre ab eo inuentario ſollenni quod ab herede fieri neceſſe eſt, vt vltra vires hereditarias nõ teneatur. Quæ ſunt prioris generis, facilimè fiunt petẽte quolibet cuius modò interſit. Neque enim vllius ſunt aut præiudicij aut effectus, niſi hactenus vt ſi is qui petit, vincat poſteà, expeditam habeat & paratam probationem earum rerum quas ex indicato perſequi velit. Quod autem ſollenne eſt, fieri nunquam poteſt niſi petente eo qui iam ſit heres, aut ſaltem qui hoc ipſo quod petit, profiteatur agnoſcere ſe hereditatem cum beneficio legis & inuentarij. Nam & inde eſt quod non currit tempus conficiendi huiuſmodi inuentarij, niſi à die agnitæ hereditatis, quia nec prius habuiſſe ius conficiendi inuentarij videri heres poteſt. Illud igitur omnimodo præcedere neceſſe eſt vt ſciatur an qui inuentarium facere vult, heres ſit, aut eſſe poſſit, ac proinde ex qua cauſſa, antè quàm admitti debeat ad beneficium legis & inuentarij implerandum; Siquidem nullum legis beneficium eſt hac parte, niſi quod heredibus ſtatim adire quàm deliberare malentibus à Iuſtiniano datum eſt. Porrò nec deliberare de acquirenda hereditate poſſet is qui tametſi maximè vellet, ſibi tamen hereditatem acquirere nondum poſſet. Quid ergo ſi interea graſſatus ſit in hereditate pro arbitrio, poſtmodum autem hereditas certo iure cœperit ei delata eſſe? Non idcirco ex antegeſto heres fuiſſe videbitur, quia nunquam delatio ſola heredem facit, quicquid autem ante delationem factum eſt, inutile & inefficax eſt ad heredem obligandũ hereditati, cùm omnimodo neceſſe ſit priùs delatam eſſe hereditatem quàm vt acquiri poſſit. Proinde non magis, imò minus imputabitur heredi inuentarij beneficium agnoſcenti, quòd ante delatam hereditatem res hereditarias attigerit, quàm ſi poſt eam delatam idipſum feciſſet. Nihil enim quod ad heredem aut creditores attinet prorſus intereſt, niſi quòd illo caſu potuit longiùs abuti hereditate, quæ tamen res non poteſt inducere iuris diuerſitatem, ſicut nec ſi iam viuo adhuc teſtatore res hereditarias expilaſſet,

quia neque dolum, neque doli magnitudinẽ ex tempore, aut ex temporis diuturnitate, sed vtrunque ex mali animi consilio æstimamus. Et consequenter, æquè admittendus erit vtroque casu ad purgandum se de dolo malo, & æquè si quid subtraxerit, aut celauerit, aut amouendum curauerit, condemnabitur in duplum, quia æquè omni casu fur est, aut saltem parum à fure distans, si tale quid fecisse conuincatur. Planè si incerto eo, An, aut ex qua causa hereditas delata sit, creditores hereditarij aut legatarij petant inuentarium confici ad saluum ius habentis, aut etiam heres ipse qui hereditatem in vtrunque casum habiturus est, siue ex propria, siue ex alterius quoque persona, vt in exẽplo illo quod attulimus, De tutore substituto, non negabo tale inuentarium petente quolibet fieri debere, sed multum differet à solenni illo de quo disputamus, nec proderit heredi, quominus aliud inuentarium solenne facere cogendus sit, delata sibi & adita quandocunque hereditate, siex legis beneficio consequi volet, vt neque creditoribus, neque legatarijs vltra vires hereditarias teneatur.

ERROR OCTAVVS.

De rebus hereditarijs, cùm inuentarium solenne ab herede fit, æstimandis.

INTER solennitates cæteras quas in conficiendo solenni inuentario adhibendas esse pragmatici putant, non postrema, aut minoris momenti hæc esse creditur, vt res omnes hereditariæ, tam quæ soli quàm quæ mobiles sunt, aut se mouentes, æstimentur per probos viros in eam rem mutuo heredis & creditorum ac legatariorum omnium qui adsunt consensu eligendos. Quod si factum non sit, existimant magna ex parte, nullius omnino roboris & effectus inuentarium esse debere. Pro qua sententia confirmanda, etsi nullam legem habent quam proferant, qua in duabus illis Iustiniani cõstitutionibus quæ solæ extant, *De iure inuentarij*, nihil tale scriptum legimus, adferunt tamen hanc rationem, quòd cùm inuentarium fiat in eũ præcipuè finem, vt sciatur quid & quantum sit in hereditate, non aliter id sciri posse videatur, quàm si res omnes hereditariæ æstimentur. Eæ præsertim quę mobiles sunt, ideóque facilè subripi & occultari possunt, ne alioqui amissis illis & subtractis facti quæstio inexplicabilis relinquatur, cuius fuerint pretii & æstimationis, cùm rem, quæ non extat, æstimare iam nemo possit. Ego neque sententiam illorum probo, neque rationem. Nam quis nõ videt quàm temerarium sit ad eas inuentarii solennitates, quas Iustinianus præscripsit, alias addere, de quibus ille ne verbum quidem? Maximè verò cùm, vt in superioribus disputauimus, solennitatis vel minimæ omissio tanti sit momenti & effectus, vt accedente heredis dolo, heredi aufierat inuentarii beneficiũ, & legis. Sed & me illud maximè mouet, quòd æstimatio illa, quam pragmatici induxerunt prorsus inutilis est, nec ad aliud comparata nisi vt hereditatem iam alioqui suspectã & minus idoneam sumptibus oneret superuacuis, & conscribendo inuentario longiores moras adferat, vtrunque non sine magno & heredis, & creditorum ac legatariorum omnium & incommodo & dispendio. Siue enim res æstimatæ extent eo tempore, quo creditoribus & legatarijs

Digitized by Google

legatariis ſatisfaciendum eſt, ſiue iam extare deſierint, & ſiue dolo malo heredis, ſiue caſu aliquo, aut fato ſuo perierint, nihil ea æſtimatio aut heredi aut creditoribus & legatariis vel prodeſſe poteſt, vel obeſſe. Si res extent, cõſtat, eſſe eas publica auctione diſtrahendas vt ex earum pretio creditoribus ſatisfiat, nec ſi pluris æſtimatæ fuerint cùm inuentariũ conſcriberetur quàm vendi poſſint, obligatum eſſe heredem vt eam æſtimationem præſtet creditoribus aut legatariis, quæ per viros probos conſtituta eſt: dummodo rem publicè vendendã exhibeat nullo dolo ſuo aut culpa factam deteriorem, ſicut è contrario ſi pluris vendi poſſint quàm fuerunt æſtimatę, non eſt audiendus heres qui offert creditoribus & legatariis conuentã æſtimationẽ, vt hyperochæ cõmodum ſibi retineat, niſi ex ea cauſſa rei æſtimatio creuerit, quòd impẽſa factóve ipſius heredis res melior & precioſior facta ſit. Sed tanti vnaquæque res eſſe intelligitur quanti vendi poteſt. Quid ergo hoc caſu proderit, quod res illæ fuerint æſtimatæ? Quòd ſi extare deſierint, ſiquidem dolo culpáve heredis, Dico condemnãdum eſſe heredem, vt pro rebus præſtet earum æſtimationem, nec eam tamen quæ per viros probos dicta fuit, ſed quam creditores & legatarij in vnum conſentientes in litem iurauerint, non ſolùm quod ſine delatione iuriſiurãdi fieri nequeat vt æſtimetur res quę non extat *l. alias 9. D. de in lit. iurand.* ſed etiam quia pœna illa ordinaria eſt in eum qui rem non exhibet quã exhiberi intereſt actoris *l. 3. §. praterea D. ad exhib.* Etſi autem dici ſolet, ob dolum duntaxat iurari in litem non etiam ob culpam ne quidem oblatam, quæ dolo proxima eſt, *l. in actionibus 8. §. 1. D. de in lit. iurãd.* Certi tamen caſus ſunt in quibus contrà receptũ eſt inter quos ſicut ille cenſetur, ſi contra tutorem iurandum ſit qui aut inuentarium non confecit, aut res in inuẽtario pupillari deſcriptas nõ exhibet *l. 2. C. eo.* Ita & hic proculdubio numerari debet ſi heres qui beneficiũ inuentarij agnouit eas res non exhibeat quę in ſolẽne inuentariũ collatæ ſunt ſiue dolo malo, ſiue culpâ ipſius factum ſit ne nunc exhibere poſſit, cùm ſemper verum ſit per eum factum eſſe, ne ex iis rebus ſatisfactum ſit creditoribus & legatariis. Ideo enim permiſſum ei eſt res hereditarias penes ſe retinere quòd inuẽtarium confecit, quòd ſi non feciſſet, vtique potuiſſent creditores impetrare, nec tantùm hypothecarij, ſed etiam chirographarij, itémque legatarij etiam conditionales, vt in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, ad ea diſtrahenda extit. *De bonor. autor. iudic. poſſid. vel venund.* Itaque culpam omnem ab herede præſtari æquum eſt, vtpote cùm neque creditores neque legatarij contraxerint, ſed in quem inciderint, quique is etiam inuitis res hereditarias retinuerit captato in eam rem beneficio inuentarij fortaſſis dolo malo, licèt in iis rebus amittẽdis non dolus, ſed culpa tantùm interuenerit. Sanè ſi neque doli neque culpæ vllius heres conſcius ſit, fateor perlibenter non poſſe cõtra eũ iurari in litem, imò verò nec cogendum eum rem exhibere quã citra dolũ culpámve habere deſierit, quia licet per eum factũ ſit ne ex rebus hereditariis tam citò ſatisfieri creditoribus & legatariis potuerit, quàm ſi inuentarij beneficium non implorallet, non tamen conſequens ſit vt ei quicquam poſſit imputari, cur legis iuriſq; beneficio ſibi delato & competẽte vſus ſit, proinde hoc caſu abſoluendus heres erit, nec cogendus præſtare æſtimationem quę in inuentario continetur. Nam quod dici ſolet æſtimationẽ facere emptionẽ *l. 1. §. vlt. D. de æſtimat. action.* ad hãc æſtimationis ſpeciem nõ pertinet, quæ non eo animo fit vt vel hic vel ille ad eam æſtimationẽ præſtandã obligetur, ſed ob id tantùm vt

sciatur planius quid & quantum sit in hereditate, nec minùs vt heredi ipsi quàm vt creditoribus & legatarijs prospiciatur: Denique nomine communi, & in vtilitatem eorum omnium quorum potest interesse, id est, qui commodum aliquod sperat ex hereditate. Nullius ergo vtilitatis hoc etiam casu erit æstimatio quam viri probi fecerint: & consequenter fatendū est dici non posse quo demum casu vtilis esse queat, & effectum aliquem habere? Illud plane fateor, si in hereditate sint res quæ pondere, numero & mensura constent, ponderari eas, numerari, & metiri debere; in eamque rem viros probos ab herede & creditoribus itemque legatarijs eligi qui ponderent, numerent & metiantur: nec fieri posse vt hac omissa sollemnitate inuentarium valeat, quia licèt ne hoc quidem Iustiniani constitutione aliqua expressum sit, pertinet tamen ea res ad intrinsecam sollemnitatem, & ad effectum inuentarij, cùm aliter sciri nullo modo possit quid & quatum sit in hereditate, aut quid & quantum exhibere heres debeat, ex quo creditoribus & legatarijs satisfiat. Posset quidem aliquando per testes id probari, hoc est, quid & quantum in pondere, numero & mensura fuisset, sed non semper, nec sine sumptibus quibus onerari creditores & legatarios non oporteat, vt suum consequantur, cuius amittendi metu & periculo iam satis afficiantur: Æquissimúmque est id agi, quatum fieri potest, vt quam minimis sumptibus res omnium qui in hereditate aut in hereditatem ius aliquod habent, in tuto collocetur.

ERROR NONVS.

Si is qui conuentus à creditore confessus est se heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium.

QVI à te conueniebatur tanquam heres, dixerat & confessus erat se heredem esse, sed cum hac adiectione, *ex beneficio legis & inuentarij*, nec tamen inuentarium vllum exhibebat, quærebatur an ex ea sola confessione nullis aliis accedentibus hereditatis aditæ probationibus condemnari in solidum tanquam heres deberet. Dicebat non posse condemnationi locum esse, nisi consentires vt beneficio legis & inuentarij frueretur, propterea quòd non esset tibi permittendum, vt confessionem eius scinderes, & ex ea tantùm parte agnosceres quæ sibi placeret, ex alia verò improbares. Eam enim tibi cōdicionem deferri, vt vel totam confessionem agnoscas, vel à tota recedas, *l. cùm quæritur 16. D. de administr. & peric. tutor.* Eamque sententiam pragmatici nostri sequuntur. Ex quibus tamen sunt qui distinguant, an cōfessus heres sit eo modo quo diximus, an verò negauerit se heredem nisi cum beneficio legis & inuentarij. Hoc enim casu, etsi negatio ipsa implicat cōfessionē sub contraria qualitate, difficilius tamen esse putant, vt ex responsione sua obligetur heres tanquam confessus, qui negauit licet adiecerit, *nisi cum beneficio legis & inuentarij*; mihi contrà videtur, siue heres confessus sit se heredem esse cum beneficio legis & inuentarij, siue negauerit se heredem nisi cum beneficio legis & inuentarij, pro herede absolutè haberi & condemnari eum debere ex eiusmodi responsione tanquam ex pura & absoluta confessione, si inuentarium nullum exhibeat. Nam si propiùs inspicias, non est confessio illa conditionalis, aut, vt ita dicam, qualificata, nisi eo casu quo inuentarium exhibeatur, quia hæc aliter

aliter quàm exhibito inuentario sciri potest an inuentarium ritè factum sit, & ita vt eius beneficio gaudere heres debeat, ne creditoribus & legatarijs supra vires hereditatis teneatur. Finge enim heredem qui ita respondit, exhibere inuentarium, quod appareat non satis ritè factum esse, sed ex contrario tam malè & dolosè, vt indignus heres sit qui ex eo beneficium vllum consequatur. An eo minùs heres erit absolutè quod hereditatem cum beneficio legis, & inuentarii agnouerit, & inuentarium fecerit? Minimè: quia non sufficit inuentarium factum esse, vt prosit heredi ne absolutè heres sit. Sed illud etiam requiritur vt ritè rectéque, & ex præscripto constitutionum Iustiniani factum fuerit. Itaque an inuentarium factum sit necne, facti quæstio est non iuris: An verò ritè factum sit, & heredi prodesse debeat, necne, iuris quæstio est non facti. Hinc nimirum infero, Eum qui se heredem fatetur, licèt cum hac adiectione *ex beneficio legis & inuentarij* non adiicere confessioni suæ aliquid quod sit meri facti, sed potius quod iuris sit, cùm eo animo adiiciat vti ne in solidum obligetur. Nam si fateretur se heredem, sed ita tamen vt se inuentarium fecisse diceret, non eo magis se exoneraret, nisi præterea inuentarij & legis beneficium imploraret, quoniam, vt diximus, fieri potest vt absolutè heres sit & esse debeat qui confecit inuentarium etiam solemne si minùs sollenniter fecerit. Legis igitur beneficium implorandum est, quod ipsum tamen non aliter implorari potest quàm si inuentarium ritè factum probetur. Non enim cuilibet heredi inuentarium facienti Iustinianus fauere voluit, sed ei tantùm qui ritè fecerit. Cui consequens est vt qui confessus est se heredem esse cum beneficio legis & inuentarij, aut qui negauit se nisi cum eo beneficio heredem esse, si inuentarium nullum proferat perinde habendus sit acsi fateretur se heredem, & inuentarium à se factum diceret, neque tamen inuentarii beneficium imploraret. Esto itaque quod pragmatici volunt, Confessionem scindi nunquam debere (quamquam habet etiam propositio illa suas distinctiones & interpretationes) Admittamus hunc qui sic responderit non tantùm heredem esse, sed etiam ab eo confectũ inuentarium fuisse. (Quid enim aliud possit ille petere, nisi vt factum credatur quicquid ille factum dixit?) An idcirco illud quoque admittere cogemur inuentarium hoc quod pro facto habetur ritè factum fuisse? Minimè verò, quia id non facti, vt diximus, sed iuris est: Ius autem ea de re nisi viso perlectóque inuentario certum esse non potest. Atqui, inquiet, hoc ipsum etiam ad confessionis qualitatem pertinet. Nam qui contendit se heredem esse cum beneficio legis & inuentarii hoc ipso asserit ritè confectum à se inuentarium, cuius alioqui beneficium nullum esse posset: Respondeo, neque confessionem neque interrogationem ad ea pertinere, quæ sunt iuris, sed ad ea tantùm quæ sunt facti. De facto enim non de iure & interrogari & respondere aduersarius debet. Proinde nec cogi eum qui interrogauit, & ex confessione agit, confessionem agnoscere quatenus iuris, sed tantùm quatenus facti est. Cùm igitur is qui fatetur se heredem cum beneficio legis & inuentarii, tria dicat, Heredem se esse, inuentarium à se confectũ fuisse, & inuentarii beneficio se dignum esse, quorum priora duo meri facti sunt, postremũ autem iuris cogitur quidé is qui ex confessione nititur fateri, non modò agnitã ab herede conuento hereditatẽ, sed etiam factũ esse inuentariũ, sed non similiter fateri cogitur inuentariũ ritè ac sollenniter factũ esse. Atq; ita fit, vt non magis prosit heredi quod inuentariũ, de quo nõ constat,

pro facto habeatur, quàm si ea de re heres confitendo nihil dixisset. Aliqui dicendum erit, Si heres confessus sit heredem se esse cum beneficio inuentarii quod exhibeat, nunquam eum ex sua confessione condemnandum in solidum tanquam heredem absolutè, nec si quid per ipsius dolum in forma inuentarii peccatum sit: quod tamen apertissimè falsum est, quia cùm inuentarium quod exhibetur tale est vt legis beneficium mereri nequeat, nihil omnino superest quod impediat ne heres in solidum ex sua confessione condemnetur, acsi simpliciter & nulla inuentarii mentione facta heredem se cõfessus esset: quamus alias aditæ hereditatis probationes contra eum nullas habeat is qui agit. Quis enim dubitare possit quin adita sit hereditas ab eo qui solenne inuentarium confecit tanquam heres, licèt male confecerit? Is tamen rei gerendæ ordo esse debet, vt qui inuentarium allegat, ante omnia iubeatur inuentarium exhibere, vt sciri possit an ritè factum sit necne. Nam si exhibeat & appareat nihil ab eo peccatum esse dolo malo, vtique beneficio legis gaudebit. Sin aliquid imprudens sollenniter factum fuerit accedente etiam heredis dolo, in solidum condemnandus erit perinde acsi inuentarium nullum factum esset. Quòd si exhibere nolit, ex primùm iudicis partes esse debebunt vt indignum eum pronunciet qui inuentarii beneficio & commodo vtatur: sed eo facto consequens erit vt condemnet eum in solidum tanquam heredem purè & absolutè. Et quidem ex sola illa confessione, de qua disputamus, id est licèt actor nulla alia ratione probet aditã ab eo hereditatem, quia cùm ad respondentis onus pertineat vt probet inuentarium à se & factum & ritè ac sollenniter factum esse, pro non adiecto habendum est quod probari non potest: sublata autem adiectione illa hoc solum relinquitur, vt purè & absolutè heres sit qui tanquam talis conuenitur, quique heredem se esse confessus est. Et hic verus inimirum casus est in quo proposita quæstio & error pragmaticorum locum habere potest, scilicet cùm heres inuentarium à se allegatum exhibere iussus non paret. Nam si nullo iussu præcedente condemnetur, nimis properè & præcipiti iudicis festinatione condemnatus videbitur. Planè cùm iussus præcessit, nemo æquum putauerit meliorem esse debere conditionem heredis nullum inuentarium exhibentis, quàm si tale exhiberet quod perperam nec seruatis sollennibus factum esset. Neque enim inuentarii quantumlibet vitiosi pœna vlla grauior esse potest, quàm vt nullum esse existimetur. Eáque ferè perpetua contra non exhibentem præsumptio est, vt instrumentum quod non exhibet aut pro nullo habeatur, aut pro exhibito quidem, sed in tali forma in qua si exhibitum esset, condemnari nihilominùs exhibentem oporteret.

ERROR X.

Si ex confessione hereditatis aditæ vni ex creditoribus facta alij creditores agant.

QVONIAM aditæ hereditatis probatio plerunque difficilis est, cùm aditio nõ tantùm sit facti, sed etiã animi alieni, solet qui aduersus aliquẽ agunt tanquam heredẽ, interrogare illũ, an sit heres, & si confiteatur, expedita fit probatio, nec nisi de actionis

actionis iure aut viribus exceptionis, si quam habeat quærendum supersit, *l.2. & 3.de interrog. in iur faciend.* Hinc illa dubitatio, si is cui siue ex testamento siue ab intestato delata est hereditas, interrogatus in iure ab aliquo ex creditoribus hereditariis, respóderit se heredem esse, sin ex eiusmodi confessione ab aliis etiam creditoribus tanquam heres conueniri possit. Et vulgo à pragmaticis summo omnium consensu probatum est, non posse propterea quòd confessio respondentis ad interrogationem facta soli interroganti prodesse debeat ex *l. vltima eod. tit.* vbi hoc ipsum à Scæuola dicitur verbis responsum esse creditur: illis verbis *respondit ab his qui in ius eum non interrogassent ex responso suo conueniri non posse* Quæ tamen sententia nihilsem per non modò ethnica, sed etiam absurda visa est. Nam cùm ad heredem creditoribus omnibus obligandũ, nihil aliud requiratur, nisi vt heres esse probetur: heres autẽ fiat quisquis esse vult hoc ipso quod profitetur velle se heredem esse dummodo heres esse possit, id est ipsi delata sit hereditas, quid obsecro apertius; quàm eum qui in iure fateatur se heredem, licèt vnicumtùm ex creditoribus interogante hoc ipso fieri heredem tametsi antea non fuisset, ac consequenter creditoribus omnibus obligari? An non enim heres sit quisquis pro herede gerit, licet nihil dicat? An non autem pro herede gerit qui se dicit heredem, præsertim in iure & apud iudicem *lege, si filius qui abstinuit 12. eodem.* Quid enim interest an verbo quis, an facto voluntatem suam declaret? *lege, non tantum. Digest. rat. rem habet.* Cùmque aditio hereditatis sit animi magis quàm facti, quid potest aptius esse ad animum illum testificandum, quàm si quis heredem se esse non tantùm velit, sed etiam apertissimis verbis exprimat? Nam, vt Tubero apud Celsum dicebat in *l. Labeo 7. §. Seruius de supell. legat.* quo siam verba, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? Et verò etiamsi nemo interrogasset, sola tamen heredis testificatio, siue in iure, siue extra ius facta, quòd heres esset, obligaret eum hereditati erga omnes omnino creditores, quemadmodum & si quid aliud fecisset quod citra ius & nomen heredis fieri non potuisset. Quid enim est quod minus facere possit citra ius & nomen heredis, quàm vt se heredem dicat? Adeò vt nec dissimulationi ac quæstioni facti & voluntatis locus vllus relinquatur, quomodo relinquitur, cùm is adeundi animus non verbis sed facto aliquo declaratus est. Nemo enim potest se heredem dicere, ex quo delata illi est hereditas vt heres fieri possit, quin hoc ipso heres fiat, omni omnino casu. Nam & hanc rationem solent nostri reddere, cur hereditatem sibi delatam acquirere nemo possit per procuratorem; quòniam, inquiunt, nec malè, hoc ipso quòd procuratorem constitueret ad acquirendam hereditatem sibi eam acquireret *lege, per procuratorem 90.* si sic malis legere quàm vt in Florentinis *per curatorem. D. de acquirend. hered.* Quid ergo ad Scæuolam respondebimus? Hic verò facere non possum quin exclamem, Quàm patu. Iureconsulti sunt, qui magni inter pragmaticos videri volunt! Tractat Scæuola de filio, qui nec honorum possessionem acceperat, nec heres erat, & tamen se heredem esse responderat, ac proinde qui responsionis tempore nec volens heres fieri poterat, tum quam scilicet delata ei hereditate: Ergo de filio suo exheredato aut de emancipato præterito. Nam si suus esset non exheredatus, is vtique statim & ipso iure heres esset ex testamento, nec quicquam faceret quod posset abstinere, *lege 1. §. qui sunt in potestate. Digest. si*

quis omiſs. cauſſ. teſtam. l. neceſſariis 57. *D. de acquirend. heredit.* Nullo autem facto per patrem teſtamento, & conſequenter nulla interueniente exheredatione (neque enim ab inteſtato fieri exheredatio poteſt) perinde heres eſſet ipſo iure & citra additionem, aut immixtionem, quarum illa in ſuis heredibus induci nequit, hæc verò neceſſaria non eſt *l. in ſuis* 11. D. *de liber. & poſthum. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit.* Proinde non poſſent ei conuenire verbalia *qui heres non erat*, ſed ei ſoli ex ſuis heredibus qui exheredatus eſt. Cuius & deterior in eo condicio eſt quàm agnati aut extranei inſtituti necdum heredis facti, quod non ſolùm heres non eſt, ſed neque eſſe poteſt, niſi rupto prius ex aliqua cauſſa vel irrito facto teſtamento. Exheredatio enim licèt res ſuitatis non tollat, tollit tamen vim & effectum ipſius, vt probauimus *libr.* 10. *Coniecturar cap.* 19. Emancipatus verò, ſi præteritus ſit; neque ab inteſtato heres eſſe poteſt, neque ex teſtamento, tametſi maximè velit ciuili iure ciuili omnino incognitus & extranei iure cenſendus, ſed cogitur implorare auxilium prætoris, & bonorum poſſeſſionem petere, aut contra tabulas, ſi quæ extent, aut ab inteſtato Vt de liberi, quo non facto etiamſi delata ei ſit alterutra bonorum poſſeſſio, & millies in iure dicat ſe heredem eſſe, tamen heres fieri non poteſt, quia heredis nomen eſt iuris ciuilis, nec fieri poteſt vt qui ex prætoris tantùm edicto vocatur ad ſucceſſionem, heres ſit, ſed tantùm bonorum poſſeſſor, quandoquidem nec heredem facere prætor poteſt, §. *quos autem. Inſtitut. de bono. poſſeſſio.* Mirum igitur non eſt, etiam hunc qui neque heres ſit, neque eſſe poſſit, nec ob hoc ſolùm heredem poſſe, quòd ſe heredem eſſe mentitus ſit. Nec mouet quod ſi filius hic bonorum poſſeſſionem accepiſſet, videtur Scæuola fuiſſe aliud reſponſurus vt verbalia innuunt, *nec bonorum poſſeſſionem acceperat.* Nam reſpondeo multum referre an filius emancipatus bonorum poſſeſſionem iam acceperit, an accipere tantùm poſſit. Etſi enim neutro caſu heres eſt propter eam rationem quam diximus, tamen accepta bonorum poſſeſſione heredis loco habetur in omnibus, ideóque prætor ex cuius edicto & interrogationes fiunt, & interrogatoriæ actiones competunt *l. 2. eod. tit. l.* non habet eum pro mendace ſi heredem ſe dixiſſet, quoniam & habet eum pro *herede*. Prius verò quàm accepta ſit bonorum poſſeſſio, ſicuti bonorum poſſeſſor non eſt, ita nec heredis loco haberi poteſt, neque rurſus bonorum poſſeſſor fieri hoc ipſo quòd ſe heredem eſſe in iure fateatur. Non enim ſicut is qui heres iure ciuili fieri poteſt, citra cretionis ſollennitatem, hoc ipſo fit heres quòd bonorum poſſeſſionem accipit, quia bonorum poſſeſſionem accipere nihil aliud eſt quàm ſe gerere pro herede: *l. puberem* 12. *Cod. de iur. deliber.* Ita ex contrario dici poteſt, eum qui non heres, ſed tantùm bonorum poſſeſſor fieri queat, hoc ipſo fieri bonorum poſſeſſorem quod ſe heredem dicat. Sollennis enim fuit olim & Scæuolæ temporibus agnitio bonorum poſſeſſionis, nec quocunque actu aut indicio voluntatis, aut quocunque loco expediri poterat ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ omnes illas ſollennitates ſuſtulit, in *l. vltim. Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* Planè ſi poneres emancipatum inſtitutum à patre; dubitandum non eſſet, quin is fatendo ſe heredem, hoc ipſo ſe obſtringeret hereditati, & conſequenter creditoribus & legatariis omnibus hereditariis, quia quòd emancipatus extranei iure cenſetur, facere non debet vt deterioris condicionis ſit quàm extraneus: quem diximus hoc iure vti, vt ſi vel vno ex creditoribus interro-

gante

gante respondeat se heredem, heres fiat. Sed de filio emancipato instituto non loqui Scæuolam apparet satis ex illis verbis *vnus ex filiis qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat*: quæ proculdubio eò pertinent, vt intelligamus filium illum qui cùm nec bonorum possessionem accepisset, nec heres esset, respondit se heredem esse, mentitum esse, ob idque ex mendacio suo & in pœnam mendacii interrogatoria conueniri debere. Subiicit enim Scæuola *an quasi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur*. Interrogatoria autem actio in eum datur qui confitendo, siue verum, siue falsum, aut negando verum, & mentiendo se onerauit, *lege, voluit 4. l. & quia 6. l. de ætate 11. §. si cùm esset. & §. sequenti l. confessionibus 13. lege quia ex parte 18. eod. titulo*. In pœnam nimirum mendacii. Nam mentitur sanè is qui cùm nec bonorum possessionem acceperit, nec heres sit, aut esse possit, fatetur tamen & respondet se heredem. At non mentitur ille qui nondum agnita hereditate, quæ tamen delata est, fatetur se heredem, quia hoc ipso fit heres & pro herede gerere videtur, *d. l. si filius qui abstinuit 12. eodem titulo*. Ex falsa & mendaci confessione nascitur actio interrogatoria, sicut & si heres nihil respondeat, idéóque secundum aduersarium iudicetur, vt in *lege si perluforio 14. §. 1. D. de appell.* Ex vera autem confessione nulla nascitur actio, sed priuilegia quæ iam competebat, siue propria ea esset, siue hereditaria commodiùs & tutiùs exercetur. Interrogatoria non tam latè patet, quia sicuti ex sola interrogatione nascitur, ita non alii quàm interroganti prodesse potest, ob idque nec de eo Scæuola dubitat, An ex interrogatione vnius ex creditoribus actio interrogatoria cæteris competat, quam non competere certum erat, sed an *quasi interrogatoria*, id est vtilis actio ex interrogatione ab alio facta. Atque hoc quidem admittit, non illa tantùm ratione quam vulgò adferunt, quod res inter alios acta aliis nec prodesse debeat nec nocere, sed hac potissimùm quòd per liberam personam alteri quæri actio non possit. Hereditaria autem actio patet latiùs, cúmque non ex interrogatione nascatur, licèt heres interrogetur, sed ex contractu qui cum defuncto initus fuit, non est vtique dubitandum quin competat creditoribus & legatariis omnibus aduersus illum qui se heredem esse respondit, quamuis vno tantùm ex creditoribus interrogante. Abutuntur ergo pragmatici responso illo Scæuolæ, cùm ex eo nituntur vt probent actionem hereditariam creditoribus & legatariis omnibus dandam non esse contra heredem qui ad vnius ex creditoribus interrogationem respondit verè non falsò se heredem esse. Vnum tamen est quod huic nostræ interpretationi fortasse obiici posse videatur. Id scilicet quod Iauolenus scribit in *l. si is cuius 14. §. vlt. eod. titulo*. Confessiones falsas ita demum ratas esse si id quod in confessionem venit & ius & naturâ recipere possit. Diximus autè Scæuolæ responsum de eo filio intelligi debere, qui necdú heres sit, nec gerèdo pro herede heres fieri possit. Quomodo enim fieri queat, vt fatendo se heredè se obliget is qui nec volens heres fieri possit? At respondeo Iauoleni sententiâ non illâ esse, vt non aliter quis obligetur ex responsione quàm si talis esse possit, qualè se dixit; quid enim si is qui nec scriptus nec agnatus proximus est cõuentus tanquá heres dixerit se heredé? an eo minùs ex responsione sua tenebitur? Sed vt falsæ cõfessiones naturalibus conuenire debeant, id est, vt si eius nomine de quo quis interrogatus sit cum aliquo sit actio, eam quæ cum alio esset si heres esset in nosmetipsos confessione nostra transferamus. Item vt si cum qui in potestate

patris esset, respondissem filium meum esse, ita obligeri si actas eius pateretur, vt filius meus esse possit. Quemadmodum eleganter Paulus explicat in *d.l. confessionibus* 13. *eod.tit.*

ANTONII FABRI I.C

DECAS TERTIA.

ERROR PRIMVS.

De suo herede qui nec immiscuit se, nec abstinuit.

VIx quisquam est inter pragmaticos tã imperitus, qui nesciat suum heredẽ esse etiã necessarium iure ciuili, datũ tamẽ ei à prætore beneficium abstentionis, vt quamuis ipso iure teneatur paternis creditoribus, & legatariis omnibus, in eum tamen si abstinere noluerit nullam actionem dari prætor patiatur, *l. necessarius* 57. *D. de acquir. hered.* Sed tamen quid adhuc ex iure vetere superfit post inductũ beneficium abstentionis, & quænã edicti prætorii vis & potestas hac parte sit, perpauci sciunt. Sic enim vulgò existimãt, suũ heredem vsque adeò esse hodie nõ necessariũ, proinde quasque voluntariũ, vt nõ prius heres videri possit, quã se immiscuerit, sicut nec extraneus aditione quidem, ad eam, heres vllomodo dici potest. In quo falluntur apertissimè. Nam cùm olim filius famil. esset patri & suus heres & necessarius, prætor fecit quidẽ ex necessario non necessarium, quod ad ipsum prætorem attinet, sed non similiter ex suo herede non suum. Explico, Suum heredem cùm dicimus, eum intelligimus qui iam viuo patre rerum paternarum dominus fuisse intelligitur, quique defuncto quandocunque patre sibi magis quàm patri successisse videatur, id est, liberam potius proprii patrimonii administrationem, quàm paterni nouam acquisitionem tractus fuisse: Denique continuatio illa est, non acquisitio dominii, vt eleganter Paulus tractat *in fuis* 11. *D. de liberis & posthumis.* Heredem enim veteres pro domino dixerunt §. *vlt. Institut. de hered. qualit. & differ.* qui autem iam viuo patre dominus fuit, fieri nequit vt vel magis vel iterum dominus fiat eo mortuo *l. non vt ex pluribus* 159. *de regulis iuris.* Hinc illud est quod dici solet, suos heredes statim & ipso iure heredes existere, id est nõ fieri, sed apparere quod Græci dicunt διαφαίνεσθαι, quasi mortuo patre nihil aliud nouum accidat, nisi quod fit apertius, iam tum cùm pater viueret, fuisse filium dominum rerum paternarum ex ipsius parentis voto, licet id obscurius esset propter liberam illam quam pater habebat patrimonii sui administrationem. Inde illud etiam, quod filius si paternam agnoscat hereditatem non adire dicitur, sed se immiscere, si nolit

si nolit agnoscere, non repudiare dicitur, sed abstinere *l. in suis 14. D. de suis & legit.* Adire enim aut repudiare delatam sibi hereditatē, extranеorum heredum est, Immiscere verò se aut abstinere, non nisi suorum. Plus dico, quod nescio an adhuc quisquam dixerit, Eius qui suum heredem reliquit, nullam omnino hereditatem intelligi, non magis quàm si etiamnum viueret, sed quod extraneo herede relicto hereditatis nomine & iure censeretur, ea patris bona etiam postcaquam defunctus fuit dici debere. Hereditatis siquidem appellatione dominium illud significamus, quod patrefamilias defuncto necesse est induci per legem, ad repræsentandam ipsam defuncti personā, ne interea bona omnia quæ defuncti fuerunt fiant vacantia, cedantque primo occupanti nec expectari possit vt extraneus heres adeat qui ex tempore aditæ hereditatis personam defuncti repræsentet, ac in cuius persona continuetur illud ipsum dominium quod penes defunctum fuit, quasi nūquam ac ne minimo quidem vllo temporis momento interpellatum: nam si quod instans esset in quo dici posset interruptam fuisse continuationem illam dominij quam à defuncto in heredem fieri necesse est, fieri nullo modo posset ne quidem ipsius legis potestate vt defuncti heres quisquam esset, ac dominus bonorum defuncti, nimirum propter medium inhabile, vt cum pragmaticis & interpretibus loquar, quod extremorum coniunctionem impediret. Etsi namque ea ipsa lex quæ facit hereditatem, facit etiam heredem, non potest tamen facere heredem sine hereditate, priusquam necessariò est vt hereditas aliqua quàm vt heres quisquam sit, cùm heres is demum dicatur cui & delata & acquisita est hereditas. Ex quo apparet fictionem illam legis, quæ induxit nomen & ius hereditatis, non nisi ex necessitate profectam esse, ideóque sicut in cæteris omnibus fictionibus euenit, non aliter admittendam esse quàm & vbi, & quatenus necesse est. Atqui defuncto patre qui suum heredem reliquit, nihil necesse est vllam induci hereditatem ad continuandum dominium in id vsque tempus quo filius dominus fiat, quippe qui, vt dixi, iam ille viuo patre dominus fuerit, nec noua vlla dominij acquisitione indigeat. Quæ etiam Paulli sententia est satis aperta in *dict. l. in suis 11. de lib. & posth.* Quod si suo herede relicto hereditas nulla est, planè consequens sit nec posse filium dici patris heredem, cùm hereditas illa sit quæ heredem facit. Et ob id nimirum *suum heredem* appellamus, ne quis fortè putet eum cæterorum heredum exemplo defuncti patris heredem esse. Heres quidem est, id est dominus, sed suus heres non patris, quia non dominium illud quod penes viuum patrem fuit, nanciscitur, sed illud ipsum quod viuo patre habuit, id est suum proprium retinet, sibique liberius habet. Vnde illud etiam infero non satis rectè virum doctissimum & alioqui adprimè in iuris principiis versatum *Iacobum Cuiacium* & eum secutos ex recentioribus plerosque sic passim locutos esse, vt dicerent quod & nos quoque in Coniecturis nostris alicubi scripsimus, in suis heredibus idem instans esse delatæ & acquisitæ hereditatis, cùm ex contratrio neque hereditas, neque per consequentiam hereditatis aut delatio, aut acquisitio in iis vlla sit, aut esse possit, si propriè & partitè loquaris *dict. l. in suis 11. de lib. & posthum.* Quare nec lex 12. tabul. sic locuta est vt detulerit hereditatem suo heredi sicuti detulit agnato proximo, sed quasi delatio in agnati proximi persona incipiat, ita dixit, *Si suus heres non erit agnatus, proximus familiam habeto.* Quanquam non ignoro ipsos etiam iuris autores cùm de suis heredibus lo-

quuntur, hereditatis quoque nomen quàm sæpissimè vsurpare, nimirum illo ipso sensu quo suum heredem vocant heredem (sunt enim hæc coniugata, nec heres, vt dixi, sine hereditate esse potest) id est vt significent dominium illud quod filij familias fuit iam viuente adhuc patre: non vt totam dominij caussam quæ filiofamilias post patris mortem & deferatur & acquiratur. Nusquam enim apud Iureconsultos reperias, Hereditatem patris filiofamilias ut deferri aut acquiri (licet *delatam* dixerint Impp. impropriè, vt loqui plerunque solent in *l. sed & 8. C. de iur. delib.* Non quòd vsque adeò paterna bona in filij dominio esse existimentur, vt non liberum sit patri filium familias aut instituere, aut exheredare, quem & occidere olim licebat *d. l. in suis* 11. *De suis & legit.* Sed quia illo etiam casu quo filiusfamilias a patre institutus est, & hereditatem habet ex testamento, tantum & ipso iure citra immixtionem vllam ex testamento heres esse intelligitur *l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. testam.* Proinde hereditatis delatio nulla intercedere potest, quia fieri nequit vt ei qui iam heres est, hereditas deferatur, & quod hereditatem patris I. C. vocant, fit eo respectu, quòd illud dominium aliquando fuit patris: aut hereditatem pro familia vsurpant, vt in lege duodecim tabularum familia pro hereditate accipitur. Cæterùm sicut is qui suus heres est non tam patris quàm suus heres esse creditur, ita nec tam paternam quàm suam hereditatem habere dicendus est, vt eadem ratio sit heredis & hereditatis. Hoc verò cùm ex iuris ciuilis ratione verissimè dicatur, apparet prætorem qui abstinendi beneficium suis & necessarius heredibus indulsit, non ideò tamen fecisse, nec facere potuisse vt suus heres desineret esse heres, non illa solùm ratione quòd prætor sicut heredis ius & nomen dare non potuit, ita neque adimere, *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* sed etiam quia nec ipsa iuris ciuilis potestate fieri potest, vt qui heres semel fuit, heres vnquam esse desinat. *l. aut prætor 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui soluendo* 88. *de hered. instit.* Ergo etiam post inductum à prætore beneficium abstentionis, saluum filiofamilias manet ius & nomen sui heredis, & consequenter necessarius quoque heres dicendus est iure ciuili, siquidè fieri nequit vt qui iā est heres, necessariò heres non sit, non magis quam vt quid idem sit, & nō sit. Idq; est quod Vlpianus scribit in *d. §. qui sunt in potestate*, in hæc verba *qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamẽto, nec quòd se possunt abstinere quicquã facit.* Cui simile illud etiam est (nil quod multo difficilius & pragmaticis mirabilius id videri debeat) quod idem Vlp. scripsit in *l. cùm quasi* 30. *§ sed et si suus. de fideic. libert. Non esse sine herede eum qui suum heredem habet licèt se abstinentem.* Nam si etiam secuta abstentione nihilominùs heres manet qui anteà fuit, quanto magis admittendum est suum & necessarium heredem manere filium qui fuit in potestate, necdum abstinuit, licèt habeat ex edicto prætoris beneficium abstinendi? Quare nec sic loquitur Caius in *d. l. necessarius* 57. *de acquir. hered.* vt dicat edicto prætoris factum esse vt sui aut necessarij herdes hodie non sint, qui olim fuerunt. Sed ex contrario fatetur beneficium prætoris in eo tantùm elucere, vt quamuis creditoribus hereditariis iure ciuili teneantur, nimirum tanquam heredes sui & necessarij, tamen in eos actio non detur si velint derelinquere hereditatem: quia scilicet non habet eos prætor heredum loco post abstentionem, *l. si filius qui abstinuit* 12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Ante abstentionem licèt in eo sint vt abstinere adhuc possint, aut quia se non immiscuerunt, aut fauore pupillaris ætatis,

habet

habet eos prætor quoque heredum loco, nec vſquam ſcriptum legas, ob id minùs haberi à prætore loco heredum quod poſſint abſtinere. Id enim prætori propoſitum fuit, liberos onerib⁹ hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere *l. ſi filius 12. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Idémque contingit in beneficio ſeparationis quòd ſeruo cum libertate inſtituto prætores dederunt ita demum ſi non attigerit bona patroni *l. 1. §. vltimo. D. de ſeparationib.* Neque enim beneficium illud facit quominus ſeruus libertatem conſecutus maneat domini heres neceſſarius, ſed tantùm vt quantumuis ipſo iure ſit neceſſarius, tamen in ea cauſſa ſit vt quicquid poſteà acquiſierit ſeparetur, etiam ſi quid ei à teſtatore debebatur *dict. §. vltimo.* Et ſanè ſeparationis beneficium dici non poſſet ſi confuſionē impediret quam inducit ius & nomen neceſſarij heredis. Conſtat igitur ex ſuperioribus egregiè pragmaticos noſtros deſipere, qui putant filiūfamilias hodie poſt edictum prætoris non aliter heredem dici poſſe quàm ſi hereditatem patris adierit. Sic enim loquuntur, additionis & immixtionis differentiam nullam agnoſcentes, vt nec abſtentionis & repudiationis. Nec illi multo melius qui Bartolum ſecuti ad *l. 1. Cod. ſi minor ab hered. ſe abſtin.* defendunt, ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, quoties hereditas damnoſa eſt, non item ſi ſit opulenta. Nam cùm abſtentio ſit meri facti, vt & aditio hereditatis & repudiatio probari omnino debet *l. 2. & 3. D. de interrog. in iur. faciend.* Non enim beneficium hoc ſuis heredibus à prætore datum eſt vllo caſu, vt pro abſtentis habeantur, ſed tantùm vt abſtinere poſſint, ſi velint, voluntas igitur ea de re aliquomodo teſtanda & declaranda eſt. Neque obſtat quod in *d. l. 1.* ita ſcriptum eſt *ſi vos paterna hereditati non immiſcuiſtis, ob eam rem teſtificatio neceſſaria non fuit.* Senſus enim eſt, non eſſe præſumendam immixtionem de qua non appareat, nec debere ſuū heredem onerari probatione quòd ſe non immiſcuerit, quoniam immixtio quoque facti eſt. Sed non valet conſecutio ſi quis ex eo inferat, Præſumendam igitur ex contrario abſtentionem. Nam cùm & abſtentio quoque facti ſit, præſumi numquam poteſt, quantumlibet damnoſa hereditas proponatur. Quid ergo? Neque pro abſtento habebitur ſuus heres, neque pro eo qui ſe immiſcuit, ſed ſaluum habebit beneficium iuris prætorij vt abſtinere poſſit etiam citra reſtitutionem in integrum, quod ſecus eſſet ſi immixtio vel minima præceſſiſſet, niſi proponeres impuberem, cui propter ætatis imbecillitatem fauendum prætor putaret, abſque ope reſtitutionis: ſolis enim puberibus intra viceſimum quintum annum conſtitutis neceſſarium eſt reſtitutionis auxilium, quod poſt eam ætatem cùm immixtio præceſſit competere amplius non poteſt: vt probant cætera quæ in eadem lege ſequuntur, & aperti⁹ traditum eſt in *d. l. neceſſarijs 57. D. de acquir. hered.*

ERROR SECVNDVS.

Si ſuus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ hereditati tanquam iacenti detur.

A cile erit ex ſuperiorib. intelligere q̃ ſtultius & ineptius ſit qd̃ iidé pragmatici volūt ſuo herede ſe abſtinēte curatorē paternę heredit.

Digitized by Google

tanquam iacenti dandum esse. Nam si verum est quod diximus & probauimus, suum heredem non eo minùs & suum & necessarium heredem ipso iure manere, quòd abstinendi beneficium, si volet, ex prætoris edicto habeat, ideóque statim heredé esse ex testamento *l.1.§.qui sunt in potestate D. si quis omiss.caus testam* Nec dici posse sine herede eum esse qui suum heredem habet quamuis se abstinentem, vt diserté Vlpianus scribit in *l. cùm quasi* 30. *§.sed etsi suus D. de fideic.libert.* quis admittat iacentem dici hereditatem, quæ habet heredem, aut ei curatorem dari tanquam iacenti quæ reuera nec iacens est, nec vnquam fuit, nec esse potest? Imò quæ nec verè hereditas est, si hereditatem accipias non pro dominio simpliciter, quomodo accipiunt Iureconsulti, cùm dicunt hereditatem patris qui suum heredem reliquit, sed pro dominio illo iacente quod ante hereditatis acquisitionem dominum alium non habet quàm defunctum. Vt contingit in extraneis heredibus, in quibus nec hereditas amplius dicitur post aditionem, sed proprium patrimonium heredis. Dicat aliquis, suum heredem qui abstinuit, licet non eo minùs & suus & necessarius heres maneat iure ciuili, tamen à Prætore loco heredis non haberi, *l. si filius qui abstinuit 12. D. de interrog. in iur. faciend.* Quidni ergo hereditati tanquam iacenti curator dabitur vt effectum rei magis quàm subtilitatem iuris & verborum inspiciamus, aut qua demum alia actione creditoribus suum persequi volentibus consuletur? Respondeo, dandum quidem esse curatorem, qui & creditorum actiones excipiat, & actiones omnes quæ defuncto competierunt exerceat, sed dandum bonis defuncti, non hereditati iacenti quæ nulla est. Nam & cùm heres institutus extraneus aut agnatus proximus vrgentibus hereditarijs creditoribus imploratùr beneficium iuris deliberandi, certum est, quandiu ille deliberat, non dari curatorem hereditati tanquam iacenti, licèt reuera iaceat: obiicies nec bonis ipsis hoc casu dari: Fateor, quia futurum est breui vt defunctus habeat successorem, potéstque interea is qui deliberat omnia sine præiudicio expedire quæ longiorem moram non patiuntur, *l. Aristo. 5. §.1.cum l. seq.l. penult. D. de iur. delib.* Sed cùm non apparet quis heres esse aut possit aut velit, vt contingit filio se abstinente, dico nihil aliud fieri posse, quàm vt curator bonis constituatur, & bona vendantur, & si quæ actiones defuncto competierunt eæ per curatorem exerceantur, aut creditoribus cedantur, quemadmodum & si quis institutus esset sub conditione non potestatiua, *l. 1. 2. & pass. D .de curat. bon. dand.*

ERROR TERTIVS.

De curatore iacenti hereditati dando cùm nullus heres est, siue aliquis speretur, siue non.

NEc sanè nemini vllo iuris loco tractari de curatore hereditati tanquàm iacenti dando: quia nec fieri potest vt detur, cum hereditas defuncti personam non representet, non heredis & *hereditas 34. D. de acquir. rer. dom.* Defuncto autem dari curatoré absurdum esset. Ná & inde fit vt hereditati furtũ fieri nequeat, imò ne quidé rei hereditariæ, nisi aut commodata fuerit, aut in pignus vel vsũfr. data, ideóq; necessaria fuit actio expilatæ heredit. *l.1.& 19.1. D. expil. hered.* l. here-

l. hereditaria 98. cum duab. seq. D. de furt. quia ei qui in rerum natura amplius non est furtum fieri non potest. *Adde alia ratione perelegantem & apertiorem ex l. 1. §. Scaeuola. D. si is qui test. lib. esse iuss.* Quòd si curatoris datio necessaria sit vt non tam personæ quàm bonis consulatur, quid obsecro attinet curatorem hereditati iacenti dari; An non satis & æquè consultum est, si bonis detur? An ergo de verbis tãtùm, non etiam de re ipsa & rei effectu disputamus? Imò verò de iure & ipsissima iuris ratione, Est enim sanè à iuris ratione & regulis omnino alienum, vt curator iacenti hereditati detur, tantóque minùs permittendum est pragmaticis vt iure abutantur, quanto minùs necesse est, cùm curatore bonis dato, quod fieri iure potest & debet, idé effectus futurus sit. Natus autem ex eo error est, quòd pragmatici *hereditatis* & *bonorum* appellationem promiscuam fecerunt, cùm tamen valdè referat an de hereditate, an de bonis loquamur. Hereditas nomen iuris est, ibique etiam esse intelligitur vbi bona nulla sunt, dummodò aliqua esse possint. Bona autem nulla sunt, vbi nihil est. Dicuntur enim à beando. Vnde illud etiam euenit vt bona non dicantur, nisi deducto ære alieno, nam nec illa bona sunt, quæ plus habent incommodi quàm commodi. Hereditas contrà dicitur etiam illa quæ ære alieno totã non modò obruta, sed etiam exhausta est. Hereditas personã defuncti repræsentat, bona non repræsentant. Quid si addam quod magis nouum nec tamen minùs verum fuerit hereditatem desinere esse hereditatẽ ex quo certum esse incipit neminem aut ex testamento aut ab intestato heredem fore? Cùm enim, vt superiore capite docuimus, hereditas inducta sit potestate legis propter heredem, indéque fiat vt qui heredẽ habere non potest nec hereditatem quoque habere possit, vt contingit in filiofamilias & aliis eiusmodi quàmplurimis personis; An non prorsus consequens est vt hereditas quæ aliquando fuit, esse desinat vbi spes deficit habẽdi heredis? Quis enim putet hereditatem à iure induci vt perpetuò iaceat? Admitto posse hereditatem esse sine herede, sed non sine alicuius heredis habendi facultate: ideóque mirum mortuo aliquo sine herede dicimus fieri bona vacantia & ad fiscum, non hereditario aut successorio, sed singulari quodam iure deuolui, quod falsum esset si qua hereditas maneret. Nam hereditas repræsentaret personam defuncti vel ob hoc ipsum ne bona videri possent vacantia, quæ essent hereditaria. Atqui filiofamiliãs eodemque suo herede se abstinente si vulgaris substitutus nullus sit, constat heredem ab intestato alium esse neminẽ posse, si inspicias iuris veteris rationẽ quæ non patiebatur vt in suis esset successio *l. 1. § sciendum De suis & legit.* at ne quidem in agnatis *§. placebat. Instit. de legit. agnat. succes.* Nec quod ex successorio prætoris edicto aliud sit ad rẽ facit. Prætor enim sicut heredẽ facere non potuit, ita nec hereditatẽ, aut constituere, aut à iure constitutam inuita iuris ratione retinere, sed etsi aliqua ex parte à Iustiniano id immutatum est *d. § placebat*, tamen si quod plerunque euenit, nemo reperiatur qui damnosam patris hereditatem à qua suus heres abstinuit agnoscere velit, idem contingere necesse est vt sine herede paterfamiliãs defunctus existimetur. Ergo & sine hereditate. Proinde fieri nullomodo potest vt hereditati eius tanquam iacenti curator aliquis detur. Neque verò solet potestas iuris superuacuam inducere fictionem. Vt autem hereditas aliqua sit fictio, tantùm iuris est, quæ porrò superuacua sit, cùm heres amplius nullus speratur: scio placere Iustiniano in *l. vltim. paragrapho, sin autem, in secunda, Cod. de bon. quæ liber.* vt in ea specie curator hereditati detur, vereórque ne vnus ille locus errorem hunc inuexerit. Sed si quis benè in-

Digitized by Google

tucatur, ſcripſit eo loco Tribonianus *hereditatem* impropriè pro eo quod ſcribere debebat *bona*, cùm tractet apertiſſimè de hereditate iam filio acquiſita, & hoc ipſo agnita quòd curatorem petat ille dari bonis quæ pater noluit adminiſtrare. Hereditas enim eſſe definit, vt in ſuperioribus dictum eſt, ex quo adita fuit. Id que appàret ſatis ex verbis illis præcedentibus, ſin autem patre recuſante filius adire maluerit, damus quidem licentiam & hoc facere. Itaque quod ſequitur, nolente autem patre res filij gubernare, neceſſariò accipiendum eſt de rebus hereditariis ipſi filio iam per aditionem acquiſitis, quas ideò res filij lex vocat.

ERROR QVARTVS.

De herede ſiue ſuo, ſiue extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe.

RECTE nec inſubtiliter à pragmaticis obſeruatum eſt heredem ſiue inſtitutum ſiue legitimum, qui aut à ſubſtituto aut à proximo vel ſequentis gradus agnato, aut etiam à creditore hereditatio interrogatus, an hereditatem ſibi delatam agnoſcere velit nèc ne, reſpondit ſe heredem non eſſe, non ſatis aptè videri reſpond. ſſe. Non enim conſtare poteſt ex ea reſponſione an reſpuat hereditatem, cum is qui etiam poſt delationem negat ſe heredem eſſe non eo minus fieri heres poſſit adeundo quandiu non repudiauit. Vtrumque ſiquidem verum eſt, & heredem eum non eſſe quia nondum adiit, & tamen heredem eſſe poſſe quia nondum repudiauit. Præciſè igitur cogendus eſt vt hereditatem aut agnoſcat aut repudiet, cùm deliberare vel non vult, aut non poteſt, iam fortaſſis excluſus tempore ab implorando iure deliberandi. Sed in eo tamen pragmatici errant omnes quòd non diſtinguunt ſuum heredem ab extraneo. Nam in extraneo quidem hoc obtinet, quod diximus, quia is priuſquam hereditatem ſibi delatam adeat, *nullo* modo heres eſt, licèt eſſe poſſit. Suus autem heres ipſo iure heres eſt & neceſſarius, non modò ante abſtentionem licet ſaluum habeat beneficium abſtentionis *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſs. cauſs. teſtam* Sed etiam poſt abſtentionem *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideicommiſſ. libert.* quamuis hoc caſu heredis loco non habeatur à prætore *l. ſi filius. qui abſtinuit 12. D. de interrogat. in iur. faciend.* Inde namque fit vt reſpondens ſe heredem non eſſe, ſatis declaret implorare ſe beneficium abſtentionis, vtpote ſine quo fieri nequit, vt non ſit heres, qui iam vel inuitus heres eſt. Quid enim aliud eſt abſtentio niſi declaratio ſui heredis, quòd nolit ſe haberi pro herede nec mergi oneribus hereditariis? Igitur abſtentio ex eiuſmodi reſponſione rectiſſimè inducetur, nec arctandus erit ſuus heres vt vel aptiùs vel apertiùs reſpondeat, ſicut nec audiendus ſi eam hereditatem velit poſteà ſibi quæſitam quaſi nunquam fuerit abſtentus, ſi modò neque fauor ætatis, neque auxilium reſtitutionis patrocinetur. Secundùm eam diſtinctionem quæ à Caio tradita eſt in *l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* Natus autem eſt error hic pragmaticorum ex eo, quòd exiſtimant poſt inductum indultúmque à prætore beneficium abſtentionis, perinde neceſſariam eſſe in ſuo herede immixtionem

atque

atque aditio in extraneo neceſſaria eſt ad acquirendam hereditatem. Quod tamen falſum eſſe apparet ex ſupradictis legibus aliiſque innumeris quæ in hanc rem cumulari poſſent.

ERROR QVINTVS.

De ſuo herede, qui poſtea quàm ſe tutore autore immiſcuit, vult abſtinere.

QVM de ſui heredis abſtentione quæritur, impubes à pubere ſeparãdus eſt, itémq; minor annis vigintiquinq; ab eo qui ſuæ & legitimæ ætatis eſt. Conſtat enim beneficiũ abſtentionis à prętore datũ eſſe impuberibus, nõ modò ſi ſe nõ immiſcuerint ſed etiã ſi ſe immiſcuerint, & quidẽ citra opem & auxiliũ in integrum reſtitutionis, Puberibus verò non aliter q̃ ſi ſe nõ immiſcuerint, niſi quòd etiã poſt immixtionẽ dat iis prætor reſtitutionẽ ex generali edicto, De minoribus, vt poſſint abſtinere ſi minor ætas patrocinetur. *l. neceſſarij* 57. *D. de aquir. hered.* Sed & illud ſciendum eſt, nihil intereſſe an ſuus heres ſe immiſcuerit tutore autore, an ſine tutoris autoritate. Nam ſicuti etiam citra immixitionem ſuus heres eſt & neceſſarius, vt diſputauimus in ſuperioribus, ita ſe immiſcens non eo minùs videri heres poteſt, quòd ſine tutoris autoritate ſe immiſcuerit. E contrario ſicut immixtio facere non poteſt quantũlibet ſollennis, vt ſuo heredi impuberi ſaluum non ſit beneficium abſtentionis: ita nec interueniens tutoris autoritas inducere debet vt beneficio illo priuandus videatur. In cæteris hereditatibus quę pupillo tutorem habenti deferuntur, non idem eſt. Non enim aliter ſibi eas acquirere pupillus poteſt, quàm ſi tutore autore vel adeat quando fari poteſt, & cum cretione heres inſtitutus eſt, vel pro herede gerat, *l. pupillus* 9. *D.* vbi ratio redditur, quoniam hereditatis acquiſitio heredem obligat ex quaſi contractu creditoribus omnibus & legatarijs. Pupillus autem ſine tutoris autoritate nec contrahere, nec obligari vllo modo poteſt; Adeundo verò, aut pro herede gerendo multo minùs, quia nec adeundæ hereditatis cauſſam intelligit, nec proinde adeundi facultatẽ habet, cùm ad acquirendã hereditatẽ illud præcipuè requiratur vt quiſquis heres fieri vult, & ius & cauſſam acquirendæ hereditatis intelligat. *l. ſi is ad quem* 21. *& paſſ. eod.* Cæterùm interueniente tutore, non tutor pupilli nomine aut adire, aut pro herede gerere poteſt, ſed pupillus ipſe aut adire aut pro herede gerere debet, tutore ſuo autore. Perſonale namque factum requiritur illius qui heres ſit, vt ipſe nõ alius pro eo adeat vel pro herede gerat, faciliúſq; lex putauit vt iudiciũ & volũtas pupilli quàm vt factũ ipſius per tutorẽ ſuppleatur. Soli patri datũ eſt à Iuſtiniano cõtra iuris veteris rationẽ vt infantis ſui nomine delatã hereditatẽ adire poſſit, in eóq; plus iuris habeat quàm tutor, quia & plus quàm tutor eſt *l. ſi infanti* 18. *C. de iur. del.* Item curatori furioſi vt delatã furioſo ſucceſſionẽ poſſit ipſe furioſi nomine acquirere, *l. vlt. C. decur. fur.* Finge igitur pupillũ ſe immiſcuiſſe paternæ hereditati, tutore autore, An eodẽ tutore autore poterit ſe abſtinere? Pragmatici negãt, nõ illa ſolũ ratione, quòd abſurdũ videatur, tutorẽ qui pupillo autor fuit ſe immiſcẽdi, eundẽ autorẽ eſſe abſtinẽdi, ſed etiãq; interueniẽs tutoris autoritas facere videatur vt pupillus adeũdo, vel p herede gerendo ſollenniter obligetur ex quaſi contractũ, proinde indigeat auxilio reſtitutionis ſicut & ſi quo alio

contractus genere contraxisset tutore autore: Nemo enim dubitat quin pupillus ex omnibus caussis vtiliter & efficaciter obligetur si tutoris autoritas accedat, salua ei in integrum restitutione si læsus probetur *l.1.& tot.tit.l.si tutor vel curat.interuen.* At ego contrà puto, quia cùm pupillus paternæ hereditati se immiscet, non se obligat per immixtionem cùm iam satis supérque obligatus sit iure ciuili hoc ipso, quod & suus heres est & necessarius, sed tantùm declarat velle se vti iure suo, sibique quæsitam hereditaté retinere. Quæres cùm nullam creditoribus & legatarijs nouam in eum det actionem, nulla quoque iis fit iniuria si prætor ætatis fauore saluam nihilominus pupillo relinquat abstinendi facultatem. Idem enim ius illorum manet, quod haberent si pupillus se non immiscuisset. In eámque rem textus sunt apertissimi *in l. penult. D. de consens. & autor. tutor. l. ex contractu 44. de re indicat.* Aliud sanè est, si extranei, id est alterius quàm patris hereditas pupillo delata sit. Tunc enim si semel ille adierit tutore autore, non est admittendus ad eam repudiádam siue eodem siue alio tutore autore, nisi per in integrú restitutioné, quia cùm se adeundo obligauerit fieret iniuria creditoribus & legatariis si ab ea obligatione quam sponte contraxisset, iis inuitis eximeretur.

ERROR SEXTVS.

De differentia sui heredis & extranei in agnoscenda hereditate.

PEnde etiam hic error ex superioribus. Is enim perpetuus pragmaticorum lapsus est, quòd nullam inter suum heredem & extraneum differentiam constituunt, existimantes edicto prætoris quod suis heredibus abstinendi beneficium dedit factum esse vt non magis possit suus heres hodie heres esse citra immixtionem, quàm extraneus citra aditionem: vtque eadem in vtroque ratio sit adquirendæ hereditatis. Quod certè non ita est. Nam si extraneus cui siue ex testaméto siue ab intestato delata est hereditas ante aditionem hereditarium aliquid subripuerit, placet non idcirco fieri eum heredé quia admissum contrariam voluntatem declarat, inquit *l.si quis 21. D. de acquir.hered.* Id est quia ex qualitate facti apparet non eo animo attigisse illú res hereditarias vt heres fieret, sed potiùs è contrario quòd heres esse nollet. Cùm si voluisset vtique pro suo iure vniuersas res hereditarias tanquam suas contrectare, déque iis pro arbitrio statuere potuisset, neque consilium expilándæ hereditatis inire debuisset. In quo ipso etiam pragmatici plerique errant; putant enim statim atque is cui delata est hereditas, attingit vel minimum quid hereditarium, licet animo expilandæ hereditatis & furti faciendi (si rei hereditariæ furtú fieri posset) videri eum hereditatem adiisse, & omnimodo habendum pro herede quasi qui pro herede gesserit, & id fecerit quod fieri non potuit citra ius & nomẽ heredis: quod pugnat manifestè cum *d.l.si quis.* At si suus heres idem fecerit, id est hereditarium aliquid cõtrectauerit etiam animo subripiendi & furandi, non fit quidem ex eo heres qui iam inde ab initio heres fuit & suus necessarius, sed tamen se obligat hactenus vt abstinendi beneficium sibi eripiat, quia se immiscet. Quid enim aliud est paternæ hereditati se immiscere quàm ex paterna hereditate aliquid vel minimum attin-

attingere? Faciliùs quippe inducitur hereditatis immixtio quàm aditio: quia minoris momenti est cùm non tam heredem faciat, quàm declaret voluntatem eius qui iam heres est, quod non inuitus heres sit. Atqui, inquies, voluntas heredis sui perinde requiritur ad inducēdam immixtionem, atque extranei ad adeundum. Fateor, sed dico sui heredis qui res hereditarias contrectat & expilat, voluntatem illam esse non posse vt fur potiùs quàm heres fiat, quia cùm iam ipso iure heres sit, furtum sibi ipsi facere nullomodo potest, nec si velit. Consequens igitur est vt hoc ipso se immiscеat, atque ita beneficium abstinendi amittat, nisi is sit cui prætor etiam post immixtionem id beneficij saluum esse velit, id est intra pupillares annos constitutus. *l. necessariys 57. D. de acquir. hered.* Ex contrario finge heredem extraneum post repudiatam hereditatem non modò cōtrectasse res hereditarias, sed etiam aliquid fecisse quod fieri minimè potuerit citra ius & nomen heredis, an idcirco hereditati tanquam heres obligabitur? Nequaquam: quia nec in eius potestate est vt fiat heres posteaquàm repudiauit hereditatē, cùm semel repudiata hereditas nō magis adiri possit, quàm adita repudiari, *l. sicut. C. de repud. vel abstin. hered* Et tamē si poneres suum heredem etiam post abstentionē idipsum fecisse dubitari, non oporteret quin actio in eum quasi heredem ex ea causa dari deberet creditoribus & legatariis omnibus. Quia nimirum etiam post abstentionem reuera & ipso iure heres manet, *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi fuus. D. de fideic. libert.* nec per subsequentem immixtionem fit heres, sed prætentæ abstentionis fructum & commodum amittit, vt à prętore heredis loco habeatur qui & inuitus, & inuito etiam prætore heres est. Quandiu enim res integra est, nec distracta sunt bona hereditaria, liberum & integrum est filio suo heredi vt etiam post abstentionem se immiscеat, *l. si quis suus* 8. *D. de iur. delib.* Quidni verò? cùm neque iuris ratio repugnet, quæ ex contrario potiùs fauet, neque iniuria vlla fiat creditoribus & legatariis, quorum interest potius heredem aliquem & esse & haberi quem conuenire possint, quàm extare neminē qui à prætore heredis loco habeatur. Sed & aliquādo euenit vt etiam distractis iam rebus hereditariis, ac proinde eo tempore quo iam incipit emptorum interesse, saluum nihilominùs sit suo heredi ius illud se immiscendi, tametsi maior fuerit annis viginti quinq;, nēpe adtriennū vsque ex Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de repud. vel abst. hered.* nihil n. facilius est quàm vt vnaquæque res ad suam redeat naturā, *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret. in fin.* D. *de pact.* Quamquā in proposito non tam redit res ad suā naturā quàm in sua natura conseruatur, siquidem, vt dixi, per subsequentem illam immixtionem non fit iterum heres qui iam heres esse desierat, quod fieri nullomodo posset, at heredis loco tantùm habetur qui re vera semper heres manserat. Item tractari potest si heres ante declaratā voluntatem de hereditate vel agnoscenda vel respuenda creditoribus hereditariis soluerit, aut rem hereditariam vēdiderit. Nam in extraneo herede dicimus non posse ex huiusmodi actionibus inferri aditionem hereditatis, quia possunt ea omnia fieri citra ius & nomen heredis, cùm & alienam rem vendere quis possit, *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* & quod alius debet pro eo non solùm ignorante, sed etiam inuito soluere *l. soluendo* 39. *D. de negot. gest.* At in suo herede aliud iuris est *l.* 2. *C. de iur. delib.* quoniā cùm iam sit ipso iure heres citra immixtionem, non potest videri rem alienam vendidisse, aut pro alio soluisse, qui rem hereditariam vendidit, aut debitum hereditarium persoluit, sed suum omnimodo nego-

tium gessisse credendus est, & paternæ hereditati se immiscuisse, adeò vt nec voluntatis quæstio vlla relinquatur, an animo se immiscendi id fecerit, necne, quia quod heres est & pro herede habetur, non ex ipsius voluntate proficiscitur, sed ex iure ciuili quod eum facit & suum heredem & necessarium, imò inque ex iurisdictione prætoris, qui non aliter asperitatem illam iuris ciuilis temperat indulto beneficio abstinẽdi quàm si suus heres se non immiscuerit. Se autem immiscet, non is tantùm qui facit quod citra ius & nomen heredis fieri non potuit, sed ille etiam qui vel hereditarium quidpiam attingit, vel quo alio modo versatur circa hereditatem.

ERROR SEPTIMVS.

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet.

ERRORVM omnium quos pragmatici inuexerũt hic vnus mihi semper probabilissimus visus fuit. Sed quantũlibet probabilis sit, tamẽ error est. Si is qui se heredem dicit cum beneficio legis & inuentarij, & eo iure agens siue contra debitorem hereditariũ siue aduersus eum, qui aliquid ex hereditate possidet, vrgeatur ab aduersario vt inuentariũ exhibeat, nec exhibere velit, quæri solet an sit audiendus. Nec ferè quisquam est ex pragmaticis qui non sentiat audiri eum debere, neque iustam reo exceptionem cõpetere ob id quod inuentarium non exhibeatur. Mouentur ex eo quòd heredis inuentarium non exhibentis pœna alia grauior esse non potest quàm vt eius inuentarij beneficio & cõmodo priuetur: quo admisso relinquitur vt purè, absolutè & sine adiectione heres sit, qui se antea non nisi cum beneficio legis ac inuentarij heredem esse dicebat. Atqui nihil ea res cum iure actionis commune habet. Non enim eo minùs parata est heredi actio contra debitores hereditarios, aut rerum hereditariarum possessores, quòd purè & absolutè sit heres. Quinimò tanto paratior, quanto difficilius est vt rei qui simpliciter & purè heres est, excepto aliqua ex propria ipsius persona obiiciatur. Proinde nihil interest eius qui conuenitur, an inuentarium exhibeatur nẽne, cùm vtroque casu futurum sit vt perinde teneri debeat & condemnari. Sicut autem nemo ad agendum admittitur, cuius non aliqua ex parte interest, ita neque ad excipiendum, quandoquidem & actiones & exceptiones omnes in id comparatæ sunt vt vnusquisque id quod sua interest consequatur siue petendo siue retinendo *l. 3. l. stipulatio ista* 38. *§. alter. De verbor. obligat. l. ille à quo* 13. *§ si de testamento. D. ad S. C. Trebellia.* Nec sanè speciosius, & vt iam dixi, prima visione probabilius quicquam dici potest. Sed tamen si propiùs intueare, non habet hæc sententia rationem. Neque enim negari potest quin eius qui conuenitur interest quàm maximè ne vllomodo conueniatur si qua exceptione id assequi possit. Fieri autem facilè potest, vt is qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij malit institutam actionem omittere quàm fateri se purè & absolutè heredem. Quid enim si hereditas euidenter damnosa vel suspecta sit? Quid si is ipse qui conuenitur sit ex creditoribus aut legatariis cuius interest aliquem esse heredem, quem in solidum conuenire

uenire possit? Cur non cogemus actorem vt vel inuentarium exhibeat, vel inuentarij beneficium abiiciat, agátque tanquam heres purè & absolutè? Nam si declaret se agere quasi purè & simpliciter heredem, nemo vtique dubitat, quin cogendus non sit exhibere inuentarium, licèt ab initio egerit tanquam heres cum beneficio inuentarii, quia non exhibiti inuentarii pœnam tantam patitur, quantam pati potest. Sed si ex aduerso malit actionem amittere quàm inuentarii beneficium, quod obtendit respuere, non est ei permittendum, vt agat tanquam heres ex beneficio inuentarii, quod exhibere nolit. Nec dinquemus an is qui conuenitur sit ex creditoribus aut legatariis, néne. Nam etiamsi ex eo numero non sit, tamen qua parte reus est, ipsius interest repelli actorem quomodocunque, & ab actione instituenda, vel instituta prosequenda metu onerum hereditariorum deterreri. Dices fortasse non esse illam probabilem concedendæ huiusmodi exceptionis rationem, cùm is qui conuenitur, reuera debitor hereditarius est, nec negat se debere: quid enim eius interest an ei soluat qui purè & absolutè heres sit, an ei qui cum beneficio inuentarii, cùm vtroque casu futurum sit vt soluendo se liberet extinguátque obligationem? Sed respondeo posse etiam ex alia causa ipsius interesse, non ob id solùm ne tam citò conueniatur, sed ob id etiam quòd herede ipso summoto hereditas competitura sit alteri, qui fortassis aut amicior erit, aut liberalior, minúsque durus & onerosus creditor, quàm hic qui iam vrget solutionem. Quanquam nec quærendum est de iure rei, hoc est an verus debitor iustúsve possessor sit, & an illius vllomodo interfit, néne, priusquàm quæsitum sit & constiterit de iure actoris: cùm anteà de viribus actionis quæri oporteat, deinde de viribus exceptionis. Cæteris namque paribus, id est, si is qui nullo iure excipit, nullo iure conueniatur, absoluendus est. In eóq; nimirum duriores sunt partes actoris quàm rei qui possidet, §. *commodum. Inst. de interd.* sicut & fauorabiliorem esse dicimus causam debitorum, quàm creditorum *l. Arrianus* 41. *D. de oblig. & act. l. fauorabiliores* 125. *de regul. iuris.* Et id est quod dici solet possessionem etiam viciosam prodesse aduersus extraneos *l. vlt. D. de acquir. possessione.* eos nimirum qui nullo iure agunt. Denique generale & perpetuum est, vt quisquis agit tanquam talis, ante omnia se debeat probare talem: quoniam ea res non modò ad ius actionis pertinet, sed etiam ad personam actoris. De qua omnino quærendum est priusquàm de iure actionis aut de viribus exceptionis quæri possit.

ERROR OCTAVVS.

De successorij edicti potestate à bonorum possessionibus ad hereditates translata.

EDICTVM successorium proprium ius olim fuit prætoriæ iurisdictionis, summa quidem æquitate inductum, sed tamen à iuris ciuilis ratione omnino alienum. Nam neque in suis heredibus, neque in agnatis ius ciuile successionem admittebat: *leg.* 1. §. *sciendũ. D. de suis & legitimis. §. placebat. Inst. de legit. agnat. succ.* atq; ita fiebat vt suo herede se abstinente aut proximo agnato repudiante nullus sequentium graduum liberis, aut

Digitized by Google

agnatis locus relinqueretur, fieréntque bona vacantia, quasi tota potestate legis duodecim tabularum in primo suorum aut agnatorum gradu consumpta, propterea quòd non potest videri suus heres esse qui primum in mortem patris familias gradum eo tempore non obtinuit, *l. scripto 7. D. vnd. liber.* nec agnato cuilibet lex defert hereditatem, sed ei tantùm qui delatæ hereditatis tempore proximior reperiatur. Repudiata autem per agnatum proximum hereditate non ideo fit vt qui tunc proximior, id est, in proximo & sequenti gradu reperitur iam tum cùm pater familias mortuus est, proximior fuisse videatur. Multo minus autem patiebatur ius ciuile, vt si suus heres eo iure heres esse nollet, posset ille sibi ipsi succedere & admitti tanquam proximus agnatus: non solùm quod cùm iure ciuili suus heres esset etiam necessarius, facere non poterat quin heres esset tanquam suus, verùm etiam quia nō aliter lex duodecim tabularum deferebat hereditatē agnato proximo, quàm si suus heres nullus esset. Verba enim legis hæc fuerūt in successione intestati inducenda *si suus heres non erit agnatus, proximus familiā habeto.* Prætor autē cùm eam ciuilis successionis viam angustiorē esse videret quàm par esset ad successores defunctis inducendos, non tantùm hoc additum voluit in constituendo iure De bonorum possessionibus, ad instar hereditatum, vt post agnatos deferretur possessio cognatis, & post cognatos aliis etiam personis anteà iure ciuili incognitis, sed etiam vt ij qui tanquam liberi admitterentur ad bonorum possessionem, Vnde liberi, si ab eo capite essent excluſi, possent admitti ex capite Vnde agnati, subinde ex capite Vnde cognati, siue tempore excluſi essent, siue repudiatione, *lege 1. §. sed videndum D. de succeſſ. edict.* Hinc verò pragmatici post vulgares interpretes, à quibus vt plurimùm decepti sunt, egregiam errandi occasionem nacti, miram opinionem induxerunt, protracto iure Prætorio De bonorum possessionibus, ad ius ciuile, causamque adquirendæ hereditatis. Sic enim existimant suum heredem qui patris testamento institutus fuit si triginta annorum spatio excluſus sit ab agnoscenda patris hereditate, posse nihilominus ab intestato succedere tanquam suum heredem intra alios triginta annos, tum post eos triginta annos intra aliud tricennium tanquam agnatum proximum, denique nonaginta illis annis elapsis habere eum alios triginta annos, intra quos eam hereditatem adire possit tanquam cognatus. Ita fit vt cùm finis lōgissimæ hominis vitæ sit centum annorum, & ex temporibus præscriptionis tricennariæ subducenda sit tota ætas pupillaris, filius tamen, idémque suus heres à patre scriptus annos viginti & centum habeat ad patris hereditatem acquirendā. Quo quid, obsecro, dici potest improbabilius? Dicerem ineptius, nisi, quod magis miror, eam opinionem in omnibus etiam supremis tribunalibus receptā viderem. Sic enim testatur Andr. Tiraq. Ille verò primus & interpretū & pragmaticorū error est, quod tractant de suo herede, quasi non sit ille heres patris citra immixtionem, nec admitti debeat ex testamento si intra trigesimū annū se non immiscuerit. Nos verò docuimus in superioribus, præsertim in errorē huius Decadis primum, suum heredem, si à patre sit institutus, statim & ipso iure heredē esse ex testamento, nec quicquam facere quod ex edicto prætoris potest abstinere, *l. 1. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. test.* quādoquidē etiā post abstētionē nihilominus heres maneret, *l. cùm quasi 30. §. sed & si suus. de fideic. libert.* Quòd si statim & ipso iure heres est ex testamēto, vt est, quis

rogo

rogo dubitationi locus relinquitur an poſt trigeſimũ annum ad mittendus ſit vt ſe paternæ hereditati immiſceat; Aut quomodo fieri poteſt vt admittatur v. quam ab inteſtato ſiue tanquam filius, ſiue tãquam agnatus ut cognatus, qui iam ſemel ex teſtamento heres fuit? Sed etſi non de ſuo herede, at de agnato proximo tractaremus quem conſtat non fieri heredem citra immixtionem, dico nec huic quæſtioni locum poſſe vllum ſupereſſe: quia par triginta annorum præſcriptionem non modò ius adeundi perimitur, ſicut & cætera omnia iura, ſed etiam ius ipſum petendæ hereditatis, id eſt actio ipſa, quæ petitio hereditatis appellatur *l. ſicut* 3. *Cod. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor. l. hereditatis* 3. *Cod. de petit. hered. l. penultim. C. in quib. cauſſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Itaque ſiue quis petat hereditatem ex teſtamento ſiue ab inteſtato, ſiue quaſi filius, ſiue quaſi agnatus, aut cognatus, cùm eiuſdem hereditatis petitio ſit eademque actio licèt ex alio atque alio iure, ſummouendus eſt exceptione & præſcriptione tanti temporis, vtpote quæ non tantùm excludat actionem, ſed etiam dominium, ſaltem vtile, acquirat poſſeſſori, pleniſſimámque, vt lex ait, ſecuritatem. Nec obſtabit ſi quis obiiciat cum interpretibus, non poſſe per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi ius quod nondum natum eſt: arg. *l. 1. §. vlt. Cod. de annal. except. l. in rebus* 30. §. *omnis autem. Coe. de iur. dot. Auth. niſi tricennale. Ccd. de bon. matern.* Ius autem petendæ hereditatis inteſtato non priùs competere quàm excluſa ſit ſucceſſio teſtati, neque rurſus ius ſuccedendi ex capite agnatorum aut cognatorum ante excluſum ius ſuccedeudi ex capite liberorum. Nam reſpondendum eſt quod iam attigi, eum qui intra primum tricennium non petiit hereditatem quam potuit petere, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ex quocumque capite non ſolum ius adeundi ex eo capite quod competebat amiſiſſe, ſed etiam ius petendæ hereditatis à poſſeſſore, qui per tanti temporis decurſum factus eſt dominus rerum omnium hereditariarum quas poſſedit. Multum ſiquidem intereſt an nulla prorſus actio ei competierit aduerſus quem præſcriptio ſiue longi ſiue longiſſimi temporis obiicitur, an verò aliqua competierit, & quidem eiuſmodi quam potuerit exercere, ſed tamen alia ſubinde nata ſit poſt impletam præſcriptionem. Priore caſu præſcriptio impeditur, quia fieri nequit vt actio nondum nata perimatur, quemadmodum dicemus. Poſteriore verò caſu non poteſt actio ſuperueniens impedire præſcriptionem iam completã, & ius ex præſcriptione quæſitum poſſeſſori aufferre: præſertim verò ſi vt in propoſito contingit non niſi ex ipſa præſcriptione actio naſcatur. Potiùs enim dicendum eſt præſcriptionem facere ne alia vlla actio naſci poſſit, quæ alioqui naſceretur, quàm illud admittendum vt præſcriptio quæ actori nocere debet ad elidendam actionẽ iam competentem, eidem prolit ad aliam actionẽ producendam: nam ſi præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, ſed tantùm per exceptionem *l. obligationum ferè* 44. §. *placet. de oblig. & act.* (quid enim aliud præſcriptio, quàm exceptio eſt? (multo minùs erit modus inducendæ: quandoquidem iuris ratio non patitur, vt actio per exceptionem inducatur. Tantóque magis hoc admittendũ eſt in eo caſu de quo tractamus, quòd cùm in ſui heredis aut agnati proximi poteſtate fuerit vt ageret, & ſibi delatam ex primo capite hereditatẽ peteret, adeóq; ſi mallet, repudiaret vt ſequẽti ſuo ceſſionis gradu locum aperiret, videtur ille ius omne ſuccedendi ex quolibet capite à ſe abdicaſſe, & præſcriptionis periculo addixiſſe. Nã & dici ſolet eũ

qui potest facere vt actionem habeat, pro eo habendũ actiam haberet, ne alioqui euenirat, vt quo fuerit negligentior in agẽdo, aut faciendo id per quod actionẽ habere possit, eo melioris sit condicionis, etiam quod ad ipsam tẽporis præscriptionẽ attinet, quod tamen absurdum sanè fuerit & intolerabile. Vetus omnino iuris locus est qui interpretes & pragmaticos fefellit vt cõtrariã sententia inuexerint. Is est in *d.l.1.§.sed videndum. D.de succeſſ.edict.* Sed apertissima & in promptu responsio est, tractari eo loco de successorio edicto quod ad bonorum possessiones tãtùm pertinet, non etiã quod ad hereditates. Nam sicut prætor non potuit facere heredẽ, ita nec edicto vllo vis successionis inducere inter suos heredes & agnatos. Multo igitur minùs licere debuit interpretibus id facere in edicti prætorij interpretatione, quod nec ipse prætor tametsi maximè voluisset, facere potuisset. Et sanè quàm longè distet hac parte hereditas à bonorum possessione, intelligi potest ex ea ipsa ratione quæ successorij edictum induxit. Sic enim Vlpianus præfatur in *l.1. De succeſſ.edict.* non aliam ob causam edictum illud comparatum esse quàm vti ne bona diutiùs vacantia iacerent, & vt scirent creditores cum quo congredi possent. Quid autem huic tam bono prætoris proposito tam contrarũ excogitari potest, quàm si inducatur vt hereditas per cẽtũ & vigenti annos iaceat? An non id fuerit prorsus alienũ à mẽte prætoris? Nimirum petendæ possessionis tempora multo breuiora & augustiora sunt quàm adeundæ & petẽdæ hereditatis: cùm extra causam liberorũ qua parte vocãtur Vnde liberi intra annũ in honorẽ sanguinis, non nisi centũ dies petẽdæ bonorũ possessioni à prætore præstituti sint *d.l.1.§ largius. & paſſ. D.de succeſſ.edict.* Ius autẽ adeundæ aut post additionẽ petendæ hereditatis non nisi tricennio finiatur. Mala igitur cõsecutio est à bonorũ possessionibus ad hereditates, à cẽtũ diebus ad triginta annos à trecẽtis diebus ad annos nonaginta. Nã nec lõgi tẽporis præscriptio vlla tueri potest eũ qui bona possidet cùm bonorũ possessio intra breuius tẽpus petẽda sit q̃ quòd præscriptionẽ sufficere possit etiam cùm petitur ex vltima parte edicti: Quod non similiter contingit cùm hereditas petitur post trigesimũ annũ. Sũt etiam qui pro communi errore obiiciãt quod scriptũ est in *l.licet 8 C.de iur.delib.* suos heredes licet incontineti non se immiscuerint paternæ hereditati, tamẽ longi tẽporis præscriptione ab ea petẽda non arceri. Ex quo inferũt ius se immiscẽdi sicut & adeũdi quod longi tẽporis præscriptione non permittur, triginta saltem annis finiri. Sed faciunt imperitè qui non animaduertunt non posse huic collectioni locum esse, quia quo tempore lex illa lata est, nullusdum tricennariæ præscriptioni locus erat, vtpote quã Anastasius primus induxit in *d.l.sicut 3.C.de præscr.30.vel 40.annor.* Qui etiã vulgaris nostrorum omnium error est, existimantium petitionem hereditatis finiri spacio triginta annorum ob id solùm quod scriptũ sit in *d.l.7. C.de petit.hered.* & in *d.l.penult.C.in quib. cauſ.ceſſ. long. temp. præſcript.* non finiri eam decennio vel vicennio. Idcirco enim longi temporis mentio iis locis facta est quod nulla tum præscriptio alia quàm longi tẽporis in vsu esset, quæ porrò non nisi ad actiones in rẽ pertinebat non etiam ad personales, in quarũ numero hæc non erat, cùm esset potiùs mixta, vt loquuntur, id est directa in personam licet in rem scripta. Personales enim actiones perpetuæ fuerunt si eas excipias quæ ex edicto prætoris sumpserũt originẽ quæ fuerũt maiori ex parte annales, vnde *tit. De perpet. & tempor.actionum. apud Iustin.* Hodie verò post Anastasij constitutionem perpetuas illas actiones dicimus, quę triginta

demum

Digitized by Google

demum aut etiam quadraginta annis excluduntur. Faciunt etiam imperitè pragmatici, qui in *d.l.ſicut* non ſeparant ius petendæ hereditatis à iure adeundi, aut vt illi vocant, ſe immiſcendi. Nam ius petendæ hereditatis de quo illa lege agitur, non comperit niſi ex quo hereditas adita eſt, quando is demque petere hereditatem poteſt qui heres iam eſt, non cui delata ſolùm hereditas fuit: Ius verò adeundi competit poſt delatam & ante aditam hereditatem. Fuit autem ius illud adeundi, ſicut & hereditatem petendi perpetuum ante Anaſtaſij conſtitutionem, quia quandiu non erat repudiata hereditas, tandiu adiri poterat *l.ſi curatoris 9.eod.* ac proinde etiam poſt centum ſi voles, annos. Propter quam cauſſam neceſſe fuit proponi à prætore edictū de iure deliberandi, vt creditoribus vrgentibus præſtitueretur heredi tempus ad deliberandum an heres eſſe veliet nécne: Nimirum eodem prorſus conſilio & fine, quo edictum ſucceſſorium, Ne bona diutius iacerent vacantia, & vt ſcirent creditores cum quo haberent congrediendum. Itaque quod prætor aſſequi voluit per edictum ſucceſſorium in bonorum poſſeſſionibus, idipſum aſſecutus eſt per edictum *De iur.delib.* in hereditatibus. Et quemadmodum non potuit inuita iuriſprudentia inducere ſucceſſorium edictum in hereditatibus, ita nihil fuit neceſſe induci ius deliberandi in bonorum poſſeſſionibus, vtpote quas agnoſci neceſſe ſit intra centeſimum diem: nam nec pauciores quàm centum dies darentur ad deliberandum *l. 2. D. de iure delib.* Excipio perſonas liberorum, quibus largius tempus datum eſt ad agnoſcendam poſſeſſionem ex capite Vnde liberi, in honorem, vt dixi, ſanguinis, & quod minùs arctandi viderentur, qui ad propriam penè ſucceſſionem vocarentur *d.l.1.§.largius.de ſucceſs.edict.* Denique tempus illud à prætore conſtitutum ad bonorum poſſeſſionem admittendam pro eo tempore eſt quod heredibus iure ciuili adituris dandum eſſet ad deliberandum, ob idque nec currit niſi ſcienti *l.2.C.qui admitt. ad bonor.poſſeſſ.* Sed omnino imperitius & ineptius illud eſt quod pragmatici & interpretes noſtri ad *d. l.ſicut* tractant De iure ſe immiſcendi, quaſi tale ius aliquod ſit ſimile iuri adeundi, vt quod in extraneis heredibus adeundi ius eſt, in ſuis ſit ius ſe immiſcendi. Nam cùm ſui heredes etiam hodie ſint ipſo iure heredes citra immixtionem, vt tam ſæpè inculcauimus, quodnam ius habere poſſunt ſe immiſcendi? aut quæ huiuſmodi iuris vtilitas, quis vſus eſſe poteſt? Planè habent ex edicto prætoris ius ſe abſtinendi tandiu competens, quandiu ſe non immiſcuerunt, niſi pupillaris aut minor ætas ſuccedat, vt iis etiam poſt immixtionem ſuccurrendum ſit ſiue ipſo iure, ſiue per in integrum reſtitutionem *l.neceſſariis 57. D.de acq.hered.* Sed non facit ius illud abſtinendi, vt in caſum cōtrariæ voluntatis, id eſt, quo abſtinere nolint, ius habeant ſe immiſcendi, niſi eo modo, quo dominus quilibet liberam habens rerū ſuarum adminiſtrationē ius habet rebus ſui vtendi, quod ipſum tamen rectè & prudentibus loquentibus in facultate magis quàm in iure poſitum eſt, nec magis ius dici poteſt quàm vt in tuo cœnes aut ambules.

ERROR IX.

De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita, qui non potuit agere.

TRITVM eſt pragmaticorū ore prouerbium, Non valenti agere, non currere præſcriptionē ex *l.1.C.de annal.except. l.in rebus 30.C.de iur. dot. l.1.in fin.C.de bon.matern.* Ego verò diſtinguendū exiſtimo, qua

ex cauſſa quis agere impeditus ſit. Nam ſi ob id duntaxat, quod nullam actionem habuit, fateor actionem quæ nondum nata eſt, periſſe non poſſe: Vnde fit vt fideicommiſſi in diem aut ſub condicione relicti actio, ſi dies aut condicio non niſi poſt centeſimum annum extiterit, ne centeſimo quidem anno excludatur *l. vlt. §. ſin autem ſub conditione. C. commun. de legat.* Sed ſi qua actio competat quæ tamen non potuit exerceri, propter abſentiam aut ignorantiam eius qui agere debuit, aut qua alia de cauſſa, nego ob id ſolum impediri præſcriptionem, quod toto illo tempore agi non potuerit. Alioqui dicendum erit, nunquam futurum, vt præſcriptio temporis currat contra ignorantem, quod tamen falſum eſt. Currit enim quoties præſcriptionis tempus continuum eſt, nõ vtile, *l. 1. D. de diuerſ. temp. præſcrip.* Continuũ autem ſemper eſſe intelligitur, niſi cùm lex vtile eſſe vult. Atqui agere non poteſt is qui actionem ſibi competere ignorat. Eodem modo dicendũ eſſet, cum quis ob rempublicæ cauſſam abeſſet, agere non potuit, nulla temporis præſcriptione ſummouendum fore, præſertim cùm abſentia illa non modò probabilis ſit, ſed etiam iuſta & neceſſaria. Et tamen præſcriptionis tempora contra eũ currere ex eo apparet, quòd dat ei prætor in integrum reſtitutionem ex generali illa clauſula, *ſi qua mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur. l. 1. & tot. tit. D. ex quib. cauſſ. maior.* Denique mouent me illæ ipſæ leges quibus pragmatici & interpretes mouentur, vt contra ſentiant. Quid enim erat neceſſe conſtitui, vt viuo patre non curreret præſcriptio filiofamilias bona materna per patrem vẽdita vindicaturo, nec rurſus mulieri viuente marito, ſi ita ius eſſet, vt non valenti agere præſcriptio, currere nunquam poſſet? Siquidem certum eſt nullam prorſus actionem mulieri competere pro dote ſiue aduerſus maritum, ſiue contra rerum aut pignorum dotalium poſſeſſores repetenda quandiu conſtat matrimonium. Filius autem familias etſi agere viuo etiam patre ex quocunque contractu poteſt, non tamen niſi patre ipſo conſentiente: *l. vlt. §. neceſſitate. C. de aur. delib.* difficillimum verò eſt, vt pater qui bona filii vendidit, conſentire velit filio acturo ex ea cauſſa quæ patrem ipſum de euictione ſit obligatura, ſiue ponas materna bona filii ſiue aliunde ipſi quæſita. Itaque cum hoc caſu in eas angustias coniiciatur filius vt vel paternam verecundiã violare, vel iure ſuo cadere cogatur, æquiſſimè proſpectum eſt, vt totius temporis quo pater viuit negligentia ipſi imputari non poſſit. Sed extra hanc cauſſam ſicuti ceſſant conſtitutiones Iuſtinianæ, quæ ſingulare ius continent, ita iure communi vtendum eſt, dandúſque locus præſcriptioni temporis etiam aduerſus non valentem agere. Saluo tamen auxilio reſtitutionis, ſi qua probabili ratione cõcedi debere videatur. Scripſimus hac de re *lib. 7. Coniect.*

ERROR X.

De confirmando tutore vel curatore.

CAVSSAM huic errori aut errandi potius occaſionem dedit titulus ille qui in Pandectis eſt, & in Codice Iuſtiniani De cõfirmando tutore vel curatore. Sic enim à pragmaticis acceptus eſt, rubricam magis quàm leges quæ ſub rubrica ſunt obſeruantibus, vt tutores omnes etiam à patre ritè rectéque teſtamento datos omnimodo confirmari oporteat: nec tutori priùs permittendum ſit accedere ad tutelæ adminiſtrationem, quàm fuerit à iudice cõfirmatus. Cùm tamen ſi omnes locos qui ſub eo titulo ſunt legas

Digitized by Google

legas & perlegas,nihil apertius ſit quàm videre tutoris confirmandi neque neceſſitatem neque rationem vllam ſubeſſe,niſi eo demum caſu quo perperá tutor datus ſit,id eſt,aut ab eo qui dare non potuit,vtputa à matre(quæ ſicuti filium nõ habet in poteſtate, ita tutorem ei dare non poteſt cùm tutoris datio proficiſcatur ex iure patriæ poteſtatis) aut ei cui dari non potuit ne quidem à patre, vt puta filio puberi, aut curator impuberi, aut denique eo loco in quo dari tutor non poteſt,id eſt, in codicillis teſtamento non confirmatis. His.n.caſibus etiſi qui ſunt ſimiles cùm tutoris datio non teneat ipſo iure, neceſſaria eſt confirmatio vt is ipſe tutor ſit quem teſtator voluit. Nam in confirmando tutore ſolet iudex ſequi voluntatem teſtantis ſi nihil aliud ſit quod impediat. Cæterùm ſi tutor datus ſit, & à quo,& cui,& vbi,& quomodo oportet,nulla omnino confirmatione opus eſt, *l.1. eod.* Proinde ex quo ſe tutorem ſciuit, ſi non ſe excuſauit, obſtrictus intelligetur periculo tutelæ quamuis confirmatus non fuerit, quemadmodum ex contrario ſi benè & ex pupilli vtilitate geſſerit,non ei imputabitur cur nõ petierit confirmationem.

ANTONII FABRI IC.

DECAS QVARTA.

ERROR PRIMVS.

De creditore fiduciariam,& vt loquuntur,prouiſionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia.

QVAM longas moras adhibere ſoleant heredes,non modò in conſcribendis abſoluendiſque ſollennibus inuentariis, ſed etiam in peragenda inſtantia generalis, vt vocant,diſcuſſionis bonorum, quam inter heredem & creditores defuncti ac legatarios tractari decidique neceſſe eſt, De bonis hereditariis venundandis,vt ſingulis ex ordine ſatisfiat ſciunt omnes,qui in foro verſantur. Ea res plerumq; cauſſam dat creditoribus & legatariis petendæ prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis pendente lite, oblata nimirũ ſatisdatione,De pecunia reſtituẽda, & in corpus hereditariũ referenda eo tẽpore quo ſingulis creditoribus & legatariis per ordinẽ ſatisfieri,in eamq; rẽ bona vendi oportebit. Quæri autẽ ſolet an huiuſmodi fiduciariis adiudicationib.aliquis locus eſſe debeat,& ſi quãdo locus eſt,an cæteros omnes creditores vocatos & auditos eſſe oporteat,an cũ ſolo herede rẽ agi ſufficiat, qui ſolus cõdemnari poteſt. Pleriq;ex pragmaticis putãt, nec ferè eſt qui diſſentiat,ſi qua vel minima heredis culpa & mora arguatur, facilè in eã ſententiã deſcendere iudicem debere,vt pendente lite creditori vrgenti condẽnet heredẽ,neq;alios creditores expectari neceſſe ſit,quaſi nihil eorũ intereſſit, nec ipſius quoq;heredis cùm præſtita ſatisdatio eſt. Cur.n.faueamus, inquiunt heredi nihil aliud agenti,quàm vt legis beneficio in creditorũ necem abutatur,

& in longius tempus per moras & ambages protracta lite gr..ſſetur impunè diutiùs in hereditate? Sed tamen facit contra creditorem, quòd ſi hæc ſententia reciperetur, fieret vt nunc his nunc illis creditoribus obtinentibus protinus in fruſta ſcinderetur hereditas: Nam cùm heres qui beneficium inuẽtarij imploraſſet nec cogi nec condemnari poſſit vt ſoluat, niſi hactenus vt rerum hereditariarum diſtractionem patiatur, ex quarum precio victori ſatis fiat, euenire neceſſe eſſet, vt per huiuſmodi venditiones multiplicatas totũ patrimonium diſtraheretur, aut potius exhauriretur, nulla ſpe relicta redhibendarum rerum quæ ex hac cauſſa diſtractæ eſſent. Sed & diminueretur hereditas per ſumptus quos ex cauſſa iudicati, & vt loquuntur, pro emolumento adiudicationis ex ſtatuto præſtari oporteret. Eos nanque ſumptus ſicuti à creditoribus prorogandi ſunt, ita poſt diffinitiuam ſententiam illis reſtituendos eſſe conſtat, ne in damno morentur: quod contingeret ſi principalis debiti quãtitas per eos ſumptus diminueretur. Quæ res tanto minorẽ efficit hereditatem iam alioqui ſuſpectam, & conſequenter nocet creditoribus poſterioribus, quibus tamen conſuli æquum eſt, ne ex eo quod poſt mortem communis debitoris geſtum eſt inter heredem & quoſdam ex creditoribus, damnum ſentiant. Planè fatendum eſt poſſe interdum locũ eſſe huiuſmodi prouiſionalibus adiudicationibus, nimirum ſi ex creditoribus aut legatariis ij agant qui cæteris fauorabiliores eſſe videantur, vtputa ex cauſſa dotis vel alimentorum, vel depoſiti, vel qua alia eiuſmodi, quæ aut pietatis ſpeciẽ præ ſe ferat, aut lõgiorem mora non admittat. Sed extra has cauſſas nõ facilè ferendus eſt qui lite pendente fiduciariã vrget condemnationem. Ex ſuperioribus autem cauſſis poteſt quidem fieri condemnatio, ſed tamen non aliter quàm auditis cæteris creditoribus, ſiue anteriores illi ſint ſiue poſteriores, cùm eorum omnium quàmmaximè intereſſit; iuris autem ratio poſtulet vt citandus ſemper & audiendus ſit ad actum, quiſquis ex eo actu lædi poteſt *l. nam ita* 39. D. *de adopt.* Præſertim cùm ad illam diſcuſſionis inſtantiam creditores & legatarij omnes euocati iura ſua in iudicium deduxerunt. Quis. n. patiatur pronũciari aliquid ſiue per diffinitiuam ſententiam, ſiue per interlocutoriam inauditis iis qui eam ipſam tractant inſtantiam? Nam nec aliter ſciri poteſt quinã ex iis ſint fauorabiliores. Nec reſponderi queat quod pragmatici reſpondent ſatis conſultum iri & heredis & creditorum indemnitati, ſi ſatiſdatio præſtetur. Non enim alius ſatiſdationis effectus eſſe poteſt, quàm vt condemnetur fideiuſſor à victore datus, ſi ex poſtfacto aut nihil aut minus debitum fuiſſe apparebit, nec pecunia cum eo præterea quod interierit reſtituetur. Atqui fieri poteſt vt verè ſit creditor is qui obtinuit & ex anterioribus, qui proinde ad pecuniæ reſtitutionem condemnandus nunquã erit, nec tamen æquum ſit prouiſionalem ei fieri adiudicationẽ, ſi cæteris fauorabilior non ſit. Aut. n. omnibus facienda eſt ſi ſunt æquè fauorabiles, aut nulli: ne, vt dixi, per eos ſumptus qui adiudicationes iſtas concomitantur, hereditas diminuatur in necem poſteriorum creditorum, quibus moram culpámque heredis nocere non oportet: Damnum enim quod ex tali diminutione ſentirent, non ſarciretur per fideiuſſionem, vtpote quæ non in hunc caſum nec in hanc cauſſam præſtita eſſet, ſed in aliam planè diuerſam. Quãquam etiamſi in hanc ipſam cauſſam fideiuſſor oblatus proponeretur, non ideò ſtatim conſequens eſſet inauditis aliis creditoribus quicquam conſtitui debere. In id enim comparatus eſt vſus ſatiſdationum vt ius ſuum quiſque commodiùs tueatur citra alterius iniuriam, non vt comminiſcendæ iniuriæ

præ-

Digitized by Google

prætextus quæratur. Quemadmodum dicere ſolemus ſuſpectum tutorem nõ ob id magis in adminiſtratione retinẽdum quòd locupletiſſimè ſatiſdederit, quia, inquit lex, ſatiſdatio nõ mutat maleuolũ tutoris propoſitũ, ſed ei diutiùs in re pupillari graſſandi facultatẽ præſtat *l. quia ſatiſdatio 6. D. de ſuſpect. tutor.*

ERROR SECVNDVS.

De eo qui porpriam poſſeſſionem auocat ex clauſula conſtituti.

NOTISSIMVM eſt beneficium Iuſtiniani in eorum factorem, vt vulgò creditur, inductum, quorum poſſeſſio interuerſa ſit per eum per quem anteà poſſidebant *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Sic enim accipitur ea lex vt perinde liceat veteri poſſeſſori priſtinam poſſeſſionem ſuam condicere & auocare, acſi interuerſa non eſſet. Quæ conſtitutio ſi ita eſt pugnat proculdubio cum iuris ratione. Nam cùm poſſeſſio ſit facti potius quàm iuris, fieri ſanè non poteſt vt non amittatur cùm in alium tranſlata eſt facto eius per quem retinebatur, tametſi eam animo retinere dominus velit, quia tamdiu duntaxat animo retinetur poſſeſſio quandiu eius naturaliter & corporaliter adprehendendæ facultas ſupereſt: id eſt quandiu naturalis & corporalis poſſeſſio amiſſa non eſt *l. ſi colonus 31. l. ſi de eo fundo 40. §. 1. D. de acquir poſſeſſ.* Habet tamẽ hæc interpretatio ſummam æquitatem, (quæ & Proculianis videtur placuiſſe in *l. cùm quis 31. D. de dolo.*) ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur. Commodum enim poſſeſſionis non paruum eſt, præſertim vt rei non actoris partes ſuſtineat is, qui ſi non poſſideret agere cogeretur *§. commodum. Inſt. de interd.* Ex hoc pragmatici inferunt Iuſtiniani legem eò pertinere non vt poſſeſſio quaſi amiſſa repetatur, ſed vt quaſi retenta nec vnquam amiſſa vindicetur. Alioqui non eſſet, inquiunt, plenum beneficium Iuſtiniani ſi poſſeſſionis reſtituendæ duntaxat neceſſitatem induceret, retinendæ autem & aſſerendæ ius non præberet. Ego verò nunquam mihi perſuadere potui eã Iuſtiniani mentem fuiſſe, quã vulgo interpretes putant. Eſto enim quod illi volũt, ita Iuſtiniano placuiſſe, vt ſi is per quẽ poſſidemus poſſeſſionẽ dereliquerit, nõ idcirco poſſeſſio amittatur: Nego idẽ dicendũ eſſe ſi nõ modò de poſſeſſione diſceſſerit, ſed etiã poſſeſſionẽ illã in aliũ tranſtulerit. Nã ſi iuris ratione inſpicias, dubitari nõ poteſt quin nouo facto poſſeſſore prior poſſeſſio domino amiſſa ſit, quãdoquidẽ amiſſa eſſet etiãſi is per quẽ anteà retinebatur deceſſiſſet, nõ diſceſſiſſet: quo tamẽ caſu cõſtat nõ ita facilẽ poſſeſſionẽ interpellari, quia in moriẽte animus nõ eſt amittẽdę vltro poſſeſſionis *d. l. ſi de eo. §. 1. de acquir. poſſ.* Non enim fieri poteſt vt duo ſimul reuera poſſideant *l. 3. §. ex cõtrario. eod. tit.* aut vt non reuera poſſideat is, qui ſibi rem habet, dominúmque, ſi eam poſſeſſionem occupare velit, prohibiturus eſt, quantumuis iniuſtè poſſideat, quoniã iniuſta quoque poſſeſſio vera poſſeſſio eſt. Quod ſi non tã iuris rationẽ quàm Iuſtiniani legem intueare, ſic Iuſtinianus definit vt ſiue ſeruus, ſiue procurator, ſiue colonus vel inquilinus, vel quiſpiã alius per quem licẽtia eſt nobis poſſidere corporaliter nactã poſſeſſionem cuiuſcumque rei dereliquerit vel alij prodiderit, deſid. a fortè vel dolo, *vt locus aperiatur alij eandem poſſeſſionem detinere* nihil penitus dominio præiudicij generetur. Non igitur tractat Iuſtinianus illũ caſũ quo is per quẽ poſſidebamus tranſtulerit in aliũ poſſeſſionẽ noſtrã, ſed illũ dũtaxat quo poſſeſſionem dereliquerit vel alij prodiderit, vt eius occupandę præbeat facultatẽ: quo caſu putabãt Sabiniani

amitti domino possessionē etiamsi ab alio occupata non fuisset *d.l.si colonus. & d.l.si de eo fundo* §.1. *D.eod.* Proculiani verò negabāt amitti possessionē quandiu nō esset ab alio occupata *d.l.cùm quis* 30. *de dolo.* Sic dicimus eū qui visis armatis qui aliò tēdebāt metu deterritus profugit, nō videri vi deiectū nisi ab iis occupata possessio fuerit *l.§.idē Labeo ait* 29.*l.3.§ si quis autē & seq.* 6. *de vi & vi armat.* Itaq; occupatio possessionis interdū requiritur non solùm vt possessio acquiratur occupati, sed etiā vt pristino possessori adimatur. Cęterū nullus casus est in quo non amittatur possessio quæ ab alio est occupata. Neq; mouere nos debet quod ratio illa Iustiniani videtur generalis *ne ex aliena malignitate alienū dāmnū emergat.* Primùm.n. cùm ab alio possessio occupata est, non solùm intercedit factū & malignitas eius per quē possidebamus, sed etiā factū & animus eius qui incipit possidere, ex quo potissimū acquisitio possessionis æstimatur. Potuit.n. ille fieri possessor etiā inuito & ignorāte eo per quem possidebamus, puta si vi aut clā eū deiecisset: quo casu apertū est nō esse locū Iustiniani ex constitutioni vt, dicemus infr. errore quinto. Deinde obseruādū est quod Iustinianus sic loquitur *nihil penitus domino præiudicij generetur.* Domino inquit nō *domino*, vt intelligamus id tātū ea cōstitutione fieri vt possessio nostra nō interpelletur ex eo solo quòd ab eo per quem possidebamus derelicta sit: quoniā ea interpellatio noceret dominio quod per vsucapionē acquiritur, si nōdū vsucapio tūc cōpleta esset, vt & in *d.l.si de eo* §. 1. Cęterū si ponas de vsucapione nō tractari, aut quia iā tū esset cōpleta, aut quia rem illā à vero domino emisem, nec nouus possessor vsucapere cœpisset, sicuti amissio possessionis nullū dominio præiudiciū adferre potest, ita dicā cessare Iustiniani cōstitutionē, nec eò extēdēdā esse vt ne ipsa quidē possessio amittatur. Nihil.n. vetat amitti possessionē nec vllū tamē dominio præiudiciū generari quia nihil cōmune habet proprietas cū possessione. Denique etiamsi maximè admitterē generaliter accipiēdam esse rationē illam *ne ex aliena malignitate alienū damnū emergat.* ne de dominio dūtaxat sed etiam de possessione, non tamē fieret cōsequēs quod pragmatici volūt possessionē non amitti. Nā & in specie *l.meminerint.6.§.1. C.vnde vi*, id est cùm habito colludio cuatores vel tutores minorū rē iis debitā ea occasione persuadūt vt pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur, eatenus quidē subuenitur pupillis & minoribus vt neq; eos neque dominū atterat dāno culpa temeritatis alienæ, sed tamen non inde fit vt non ipsis pupillis & minoribus etiā ignorantibus possessio quęsita intelligatur, ac proinde domino amissa: constitutum.n. est vt illico reddi domino debeat à quo est ablata, vt habent verba legis, nimirū quia licèt lex neq; factū neque animū tutoris aut curatoris probet, facere tamen non potest vt possessio quæ reuera ablata est non sit ablata cū sit facti. Et huic interpretationi cōuenit quod sequitur apud Iustinianū *in d.l.vl.sed ipse si libera cōdicionis est, cōperētib. actionib. subiugetur omni iactura ab eo restituēdā domino rei, vel ei circa quē negligēter vel dolosè versata est.* Quā.n. iactura aliā posset dominus incurrere, si ne quidē occupatā per alium possessionē amitteret: Isq; sensus etiā est *d.l.cùm quis* 31. D. *de dolo.* Eaq; sētētia Proculianorū à Sabinianis dissentiētiū, vt iā ante nos vir doctissimus Iacobus Cuiacius ex ipsis Iustiniani verbis obseruauit. Præbet.n. Iustinianus ipse nō leue huius dissentionis argumētū, cū prefatur quæstionē illā quæ cōstitutioni causſa dederit ex libris Sabinianis, pfectā esse. Hæc cū ita sint, quis nō videt toto cælo aberrare pragmaticos cū ea Iustin. cōstitutione abutūtur vt ei q̄ p clausulā cōstituti aut p verā traditionē possessor fact⁹ est, actionē dēt

ad propriam poſſeſſionem auocandam à quolibet nouo poſſeſſore? Duplex enim hic error eſt; vnus ille, quod ad hunc quoque caſum Iuſtiniani legem accommodant, vt ex facto eius, per quem poſſeſſio retinebatur, nullum neque dominio, neque poſſeſſioni præiudicium generetur, non magis quàm ſi à cuſtode poſſeſſionis (ſic enim vocatur in *l. vlt. C. de delat. lib.* 10.) ea poſſeſſio derelicta tantùm, necdum ab alio occupata eſſet. Alter, quod veteri poſſeſſori dant actionem non tam ad repetendam quàm ad retinendam poſſeſſionem quaſi nunquam amiſſam. Cumulant enim beneficium legis Iuſtinianeæ cum interdicto retinendæ poſſeſſionis, vt efficiant actionem, quam illi appellant, *de maintenue*, quæ ſanè competit cùm derelicta tantùm, aut prodita poſſeſſio eſt, non etiam tradita. Sed cùm tradita eſt, atque ita tranſlata, nego poſſe tractari de retinenda poſſeſſione quæ omnimodo recuperanda eſt interdictis ſcilicet in eam rem comparatis, aut actionibus illis extraordinariis in locum interdictorum ſubſtitutis, *Vnde vi*, aut *Quod vi aut clam*. Neque enim interdicta reſtitutoria concurrere vnquam poſſunt cum iis quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis. Illud non poſſum prætermittere corruptum eſſe Africanum *d. l. ſi de eo.* § 1. vt facilè proſpicere quiuis poteſt, ſicque reſtituendum, *ſi forte colonus per quem dominus poſſideret, deceſſiſſet* (*propter vtilit. enim receptum eſt vt per colonum poſſeſſio & retineretur & continuaretur*) non ſtatim dicendum eam interpellari, & c. Illa enim verba *quo mortuo* abundant proculdubio vt principiũ §. demonſtrat, quod ab Africani interprete obſeruatum non fuiſſe miror.

ERROR TERTIVS.

De exceptione non factæ excuſſionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſſionem ex clauſula conſtituti.

QVOD meo nomine poſſideo, poſſum alieno nomine poſſidere. Neque enim muto mihi cauſſam poſſeſſionis, ſed deſino poſſidere, & alium poſſeſſorem miniſterio meo facio, nec idem eſt poſſidere, & alieno nomine poſſidere. Nam poſſidet cuius nomine poſſidetur. Procurator autem alienæ poſſeſſioni præbet miniſterium, inquit Celſus in *l. quod meo* 18. *in prin. De acquir. poſſ.* Idemque eſt, ſi quis fundum quem poſſidebat ab alio conduxerit. Nam & hic deſinit poſſidere, eúmque à quo conduxit facit poſſeſſorẽ, *l. qui bona* 19. *eo. l. quædam mulier* 77. *D. de rei vind.* Etſi autẽ modus ille tranſferendæ poſſeſſionis per clauſulã conſtituti fictitius eſt, quia factũ in eo nullũ interuenit, ſed nuda voluntas conſtituentis, tranſfert tamen verã & realẽ poſſeſſionem, nec tantùm ciuilẽ, ſed etiã naturalẽ, in eóque pragmatici omnes conſentiunt: & rectè. Mirũ verò eſt quàm multi magníque effectus hinc pendeant, quos latè videre eſt apud Andr. Tiraq. in tractatu illo De iure cõſtituti poſſeſſorij. Inter cæteros maximus ac ferè præcipuus ille eſt, vt creditor hypothecarius, cuius nomine debitor ſe conſtituit poſſidere res obligatas, ſi poſſeſſionẽ pignoris nanciſci velit, in eán q; rẽ agat cõtra tertiũ poſſeſſorẽ, repelli non poſſit exceptione illa vulgati non factæ excuſſionis quæ ex Iuſtiniani conſtitutione datur cuilibet bonæ fidei poſſeſſori. *Auth. hoc ſi debitor. C. de pig.* Sed hoc ita tamen, inquiunt pragmatici, ſi creditor agat cõ-

dictione, ex *l. Iuſt. vlt. C. de acquir. poſſ.* non etiá ſi hypothecaria experiatur. Diſtinguunt enim, nec vt ſibi videntur, inſubtiliter, actionẽ hypothecariá à cõdictione illa ex lege Iuſtinianea, in eo quod per hypothecariá & quaſi Seruianá actionẽ creditor auocat poſſeſſionẽ non propriá, ſed ſui debitoris, aut eius qui à debitore cauſsá poſſeſſionis habet, vt cõtingeret in directa rei vindicatione *l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione* D. *de pign.* Per condictionẽ verò ex lege Iuſtiniani auocat propriá poſſeſſionẽ, quaſi nec amiſsá. Non n. dubitant, quin facto debitoris qui pignus vendidit aut aliá de cauſsá tradidit, an illa ſit poſſeſsio quæ per clauſulá conſtituti fuerat acquiſita, niſi beneficio nouæ cõſtitutionis implorato retineatur. Ea verò retenta, negant exceptionẽ excuſſionis non factæ poſſe reo cõpetere, quia poſſeſſori duntaxat datur, & fauore poſſeſſionis, non ei qui ab ipſo poſſeſſore conuenitur. Error pragmaticorum hac parte eo eſt, quòd putãt conſtitutione Iuſtiniani factũ eſſe vt ei cuius poſſeſsio per aliá interuerſa eſt, actio aliqua detur ad auocandá poſſeſsionẽ. Nihil n. aliud à Iuſtiniano conſtitutũ eſt, niſi vt poſſeſsio non amittatur facto cuſtodis qui eã vel dereliquit vel prodidit, non etiá vt ſi amiſſa ſit facto eius qui non modò poſſeſsionẽ dereliquit, vel prodidit, ſed etiá tradidit, aliqua actione reuocetur. Nã etſi aliqua in eá rẽ actio daretur, eã non retinẽdæ, ſed recuperándæ poſſeſsionis gratia dari neceſſe eſſet. Sed & in eo errant quòd negant amitti poſſeſsionẽ etiá quæ tradita ſit, & trãſlata ab eo, qui alieno nomine poſsidebat. Nã, vt proximo capite diſputauimus, fieri nullomodo poteſt, vt non amittatur poſſeſsio quæ in aliũ transfertur; non magis quàm vt duo ſint in ſolidũ eiuſdẽ rei poſſeſſores, aut vt vbi ego ſto, tu etiá ſtare videaris, *l.* 3. §. *ex contrario D. de acquir. poſſ.* Nec poſſeſsio quam per alium retinemus nobis alio caſu videri poteſt retẽta cùm ab alio eſt occupata, quàm *illo* ipſo, quo ei per quem poſsidemus reuerti poſſet ſi ſuo nomine poſsideret. i. ſi põnas ab eo occupatá per quẽ poſsideat is qui noſtro nomine poſsidebat. *l. ſi de eo* 40. *in prin.* D. *eo.* vbi Africanus ſcribit, Si de eo fũdo, quẽ cùm poſsideré pignori tibi dedi, ſeruus tuus te deiciat, adhuc me poſsidere (ſic enim proculdubio legendũ eſt, non vt vulgò *te poſsidere*) quoniã nihilominùs per ipſũ ſeruũ poſſeſsionẽ retineas: quá ſi non retineres vtique nec ego per te retinere poſſem. Dixi *cùm ab alio eſt poſſeſſio occupata*, quia ſi poſſeſsio non tradita & tranſlata, ſed tantùm derelicta & prodita ſit, difficilius eſt vt poſſeſsionem meam amittat is qui meo nomine poſsidet quàm ſi ſuo nomine poſsideret: quoniá dolus & malignitas ipſius ei quidé nocere poſſet, mihi tamen obeſſe non debet: Poteſtq; hoc caſu poteſtas legis mihi proſpicere cõtra eius calliditatẽ, cùm de iure meo duntaxat & citra alterius iniuriá tuendo agatur, non ité ſi ab alio occupata poſſeſsio ſit, quia facilius eſt legi, facere vt ego poſsidere non deſinã nemine alio adhuc incipiente poſsidere, quàm vt poſſeſsio quę iã ab alio occupata eſt, mea nihilominus eſſe intelligatur. Priore caſu ſola iuris ratio, ſi Sabinianis magis quàm Proculianis credimus, impedimento eſt. Poſteriore autẽ, ipſa etiá natura. Itaque ſi debitor meus, rẽ quãm meo nomine ſe poſsidere cõſtituerat, non ſolũ deſierit poſsidere, ſed etiá in aliũ trãſtulerit, eúmq; fecerit poſſeſſore, abſurdũ eſt exiſtimare Iuſtiniani conſtitutione vlla factũ eſſe, aut fieri poſſe, vt poſſeſsionẽ mea nõ amiſerim, aut quod eſſet adhuc difficilius, amiſſa retinere poſsim priuſquàm recuperauerim. Cui cõſequens dicendũ eſt, quantũuis implorem beneficiũ clauſulæ cõſtituti, & legis Iuſtinianeæ, non tamen retinendæ, ſed recuperandæ poſſeſsioni locum eſſe, nec eo

nec eo minùs possessorem manere eum qui re vera possessor est, quique pro tali haberetur si agerem hypothecaria. Nam & inceptum, prorsúsque ridiculum fuerit, si quis putet ex diuersa actionis specie mutari caussam possessionis, id est, ex voluntate mea pendere an is qui rem meam re vera possidet pro possessore habendus sit, nécne, quemadmodum ex voluntate mea pendet an hac aut illa actione experiri malim, cùm vtraque competit. Caussa siquidem possessionis facti est, ideoque nec post limitio continetur, *l. denique 19. D. ex quib. causs. maior.* Cùm igitur nec clausula cõstituti, nec Iustiniani cõstitutio facere possit quominus seuera possessor sit is in quẽ custos meæ possessionis transtulit possessionem, negari non potest quin summoueri debeam exceptione non factæ excussionis si contra eum agam de pignore siue hypothecaria, siue alia vlla actione. Nam nec alia de possessione actio vlla mihi competere potest aduersus eum qui sine vitio & ex bona fide iustoque titulo possidet. Et verò qui tertius & bonæ fidei possessor est, id est, qui nec vi, nec clam à me nec sine titulo possidet, huiusmodi exceptionem ex æquitate accommodandam esse certum est, quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam, licèt alia quàm hypothecaria actione conueniatur. Video pragmaticos hic stupẽtes, & audaciam nostram accusantes, quòd errorem arguamus in re quam omnium exploratissimam esse arbitrantur: sed tamen si ea conijgent quæ superiore errore diximus de sententia *d. l. vlt. C. de acquir. poss.* & quæ addemus in sequentibus, præsertim cap. 6. non diffidimus fore vt rationem à nobis stare intelligãt, eámque nobiscum tandem amplectantur.

ERROR QVARTVS.

De creditore, qui post intentatam hypothecariã implorat beneficium clausulæ constituti, & legis vltimæ C. de acquir. poss.

PROXIME docuimus, differentiam à pragmaticis permagnã constitui, vtrum creditor hypothecarius post amissam facto debitoris possessionem pignoris, quã per clausulam constituti acquisiuerat, cõtra nouum possessorem agat hypothecaria, an potiùs condictione ex lege Iustiniani. Propterea quod priore casu summouendus sit exceptione non factæ excussionis si aliud nihil impediat, posteriore verò non item. Videamus iam quid ex eo illi inferant. Nimirum, si post intentatam hypothecariam & litem de ea contestatam mutetur actio, & non tam de iure quàm de possessione pignoris agatur condictione ex lege Iustiniani propter clausulam constituti, audiendum quidem actorem, sed tamen propter mutatam actionem eo tempore quo impunè mutari non potuit in expensas omnes ad eum vsque diem factas condemnandum. In quo videntur mihi nouis se inuoluere erroribus. Nam etsi maximè verum esset quod illi affirmant, & nos negamus Iustiniani constitutione factum esse, vt possessio quam per alium retinemus sine facto nostro amitti non possit, & vt ad eam retinendam hodie condictio ex illa lege competat quæ olim nulla competebat: parum tamen iudicio meo referret, an hypothecaria quis ageret, an condictione ex lege Iustiniani, vt actio mutata & mutationis pœna aliqua pendenda esse videretur. Non enim is qui pignus per hypothecariam vindicat, credendus est possessioni suæ renuntiasse, non magis quàm si domini iure rem vindicasset, quia nihil commune habet

proprietas cum possessione, vt scriptum est *in l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquir. poss.* Nec quicquam vetat vtramque actionem cumulari, aut vt melius dicam, intentata etiam hypothecaria Iustiniani beneficium nihilominus retineri. Quandoquidem hypothecaria actio sicut & directa rei vindicatio non solùm ei qui non possidet datur contra possessorem, sed & interdum vero possessori contra non possidentem, dummodò restituendæ rei habeat facultatem. Finge conuenirì eum qui ex caussa depositi, vel commodati, vel conducti rem tenet. Nemo negauerit eum qui deposuerit, vel commodauerit, vel locauerit, manere possessorem: quia ex his caussis, & si quæ aliæ sunt similes, non magis possessio quàm dominium trãsfertur: *l. licet 17. §. 11. D. depositi. l. rei commodatæ 8. D. commod. l. quædam mulier 77. D. de rei vind. l. qui bona fide 19. l. interdum 21. §. vltim. D. de acquir. possess.* Et tamen huiusmodi personas omnes, id est, depositarium, commodatarium, conductorem, rei vindicatione, siue directa siue hypothecaria teneri constat, quia licèt non possideant, tamen restituendæ rei habent facultatem perinde acti possiderent *l. officium 9. ff. de rei vindicat.* Cur non igitur hypothecariam exercere is etiam poterit, qui possessionem suam beneficio nouæ constitutionis retinuit? Aut cur inducamus vt non aliter retenta possessio videatur, quàm si imploratum fit beneficium Iustiniani, cùm legis verba præ se ferant non tam induci ea constitutione ius nouum, & à iuris ratione alienum, quàm certum firmúmque fieri quod anteà per Sabinianorum & Proculianorum dissensiones in incerto positum esse videbatur? Denique tametsi beneficio Iustiniani non aliter locus esse posset, quàm si specialiter expressimque esset imploratum, quid tamen refert an ab initio litis, & ante contestationem; an posteà imploretur si ea beneficij vis & potestas est, vt vbi semel imploratum uit, possessio nunquam amissa intelligatur? Quid enim absurdius, quàm si quis dicat amissam fuisse reuera possessionem quandiu beneficium Iustiniani imploratum non fuit, desiisse verò amissam esse ex quo demum tempore fuit imploratum? Quænam obsecro ratio noua hæc est amittendæ & recuperandæ possessionis? Itaque quod pragmitici supponunt, & pro certo habent hypothecariam actionem dari ad auocandam possessionem debitoris *aut* eius qui conuenitur, id verò negandum est si sic accipiatur, vt non aliter quàm contra verum possessorem hypothecaria exerceri possit, & ab eo qui non possidet. Potest enim exerceri etiam à vero possessore contra nudum detentorẽ qui modò rem restituere possit, quia non veram possessionem auocat ex necessitate, sed corporalem duntaxat, & vt loquuntur, asininam detentationẽ, *l. si cùm venditor 66. ff. de euict.* Quanquam si vera possessio penes eum reperiatur qui rem detinet, ea quoque per hypothecariam auocatur: sed id *in* cõsequentiã restitutionis quæ caussam omnem complectitur, & quicquid penec reum fuit, potiùs quàm iure & potestate actionis. Alioqui si poneres non posse creditorem agere hypothecaria quin aduersarium constituat verum possessorem eo possessionis genere quod prætor requirit in interdicto Vt possidetis, quomodo Pagasus loquebatur, quem Vlp. refert *in d. l. officium*, sequeretur creditorem, qui veram possessionem habens hypothecariam, institueret contra non possidentem, hoc ipso visum iri à iure possessionis suæ cecidisse, & aduersarium possessorem fecisse, non secus ac si eam rem à detẽtore conduxisset, quia solo animo fieri potest vt quis desinat possidere, & alium faciat possessorem. *l. quod meo 17. cum l. seq. in princ. D. de acquir. possess.*

Vt autem

Vt autem duo sint in solidum eiusdē rei possessores, fieri nullo modo potest. Atque ita fieret, vt non modò post contestationem, at ne quidem ante litem contestatam licere ei deberet agere de possessione, quàm vltro & facto proprio amisisset; nec si expensas omnes refundere paratus esset. Quid enim habet commune refusio expensarum cum acquirenda vel amittenda possessione? Aut quis amittat possessionem semel amissam solo animo & nuda volūtate eius qui amisit recuperari, insscio adeóque inuito eo qui verus possessor factus fuit? Concludendum igitur est, siue dicas eum qui agit hypothecaria retinere possessionem quam ante habuit, non debere eum ad sumptuum refusionem condemnari ob imploratum beneficiū Iustiniani & clausulæ constituti quasi mutata actione, cùm nihil sit quod impediat vtriusque remedij cumulationē (refusio enim expensarū non solet locum habere nisi cùm ab vna actione transitus fit ad aliā quæ cumulari non posset, vt tractat nostri ad *l. edita. C. de edend.*) siue dicas ex contrario eum qui agit hypothecaria fateri & hoc ipso facere aduersariū possessorem, atq; ita propriā possessionē si quam habuit amittere, non debere illum audiri ne refusis quidē expensis, adeóque nec ante litem contestatam, si ad declinandā exceptionem non factæ excussionis aut eligere aut cumulare velit actionē de possessione quam ipse vltro & spōte amiserit. Nec solū si de possessione retinēda velit certare (quod post eam amissam fieri nullo modo potest) sed etiamsi de ea recuperanda, quia recuperandæ possessionis ratio nulla supereſt neque ciuili, neque prætorio, neque Iustineaneo iure ei qui proprio facto desiit possidere. Itaque in vtram se partem vertant pragmatici, procul dubio errant, aut nos egregiè fallimur.

ERROR QVINTVS.

Si possessio per clausulam constituti quæsita amissa sit sine facto constituentis.

NTOLERABILIOR hic error est & ineptior, quia magis abhorret non tantùm à ratione iuris quam pragmatici parū curare solent, sed etiam à verbis Iustinianeæ constitutionis quæ pragmaticos fefellit. Nam cùm possessio quæ per clausulam constituti quæsita est hypothecario creditori, possit interuerti duobus modis, vno, ita vt intercedat factū & voluntas debitoris qui se alieno nomine possidere constituit, altero, ita vt etiam inuito debitore alius vi aut clam possessionē muadat, & debitori creditoríque eripiat: putant illi vtroque casu locum esse beneficio legis nouæ, vt creditor hypothecarius si id imploret, ius habeat auocandæ & retinendę proprię possessionis quam per constitutum nactus fuerat, quasi nec eam amisisse vnquam videatur. Cùm tamen, si Iustiniani verba intuearis, apertissimū sit id vnum Iustiniano propositum fuisse vt vero possessori faueret ac prospiceret aduersus dolum, malignitatē, & vt loquitur, machinationē eius per quem possideret; & quidem vno illo casu quo is possessionē dereliquisset aut prodidisset alij, non etiam tradidisset, inque alium transtulisset quomodo explicauimus *suprà cap. 2.* Quòd si hoc etiam pragmaticis vltro concedam, quod volunt, ad eum quoque casum Iustiniani legē pertinere quo possessio non solùm derelicta aut prodita, sed etiam in alium translata sit, vt neque tum amittatur, nunquam tamen concedam eò vsque ineptiarum progredi nos debere vt

idem admittamus etiamſi dolus nullus, culpa nulla, factum denique nullum interceſſerit eius cuius fidei cuſtodia poſſeſſionis commiſſa erat. Nihil enim eſt in tota Iuſtiniani conſtitutione quod ad hunc caſum aptari poſſit. Quinimò ipſe cui commiſſum fuit vt alieno nomine poſſeſſionem adprehenderet tam negligenter in eo verſatus ſit, fortaſsis etiam ſi voles dolo malo vt poſſeſſio eum lateret paſſus ſit, non vult Iuſtinianus haberi poſſeſſionem ad prehenſam, ſed dolum aut negligentiã procuratoris hactenus nocere domino vt nulla ei poſſeſſio acquiratur. Et tamen hac in ſpecie videtur procurator feciſſe contra quàm facere debuit hoc ipſo quod non fecit ea quę facere debuit, vt habet iuris regula in *l. qui non facit. De regul. iur.* Quanto minus igitur credendum eſt voluiſſe Iuſtinianum tam audacter violare iuris regulas, vt poſſeſſionem quam per alium quis retineret amitti noluerit, tametſi occupata eſſet ab alio citra factum & voluntatem cuſtodis? Cur enim fauorabilior exiſtimetur hoc caſu is qui per alium poſſidet quàm ſi per ſeipſum poſſideret? Alioqui ſanè dicendum erit eadem Iuſtiniani conſtitutione factum eſſe vt hodiè nullo caſu poſſeſsio amitti poſſit, citra voluntatem & factum eius qui antè poſſidebat, atque ita nullum amplius ſupereſſe vſum interdictorum ad reſtitutionem poſſeſſionis pertinentium quibus ſcilicet locus nullus eſt cùm facto aut conſenſu ſiue expreſſo ſiue tacito priſtini poſſeſſoris amiſſa eſt poſſeſſio. Quod tamẽ ex pragmaticis qui dixerit nemo hucuſque tam ſi altus fuit. Frequentiſſimus enim vſus eſt interdictorum recuperandæ poſſeſſionis, præcipuè verò ex pontificio illo *Canone Redintegranda* 3. *quæſt.* 1.

ERROR SEXTVS.

De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.

CREDITORI hypothecario poſſeſsionem propriam auocãte ex clauſula cõſtituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ea fere ſententiæ formula obſeruari à iudicibus ſolet, vt pronũcient manutenẽdũ eſſe creditorẽ in pignoris ſui poſſeſſione, tandiu eam retenturum iure pignoris & hypothecæ quãdiu ei plenè & integrè ſatisfactũ nõ erit. Aliter q̃ ſeruari ſolet cùm hypothecaria actio exercetur. Tunc. n. iubetur creditor mitti in poſſeſsionem rei obligatæ non retineri, quia per hypothecariã creditor non ſuam poſſeſsionem auocat, ſed alienam, id eſt eam quę debitoris fuit tempore pignoris cõtracti, & quæ nunc penes eum eſt qui cõuenitur ſiue debitor ille ſit ſiue alius: eáque pragmaticorum non inſubtilis, ſi dis placet, diſtinctio & obſeruatio eſt, ridicula ſanè, ac ſibi ipſi repugnãs. Nam ſi effectũ ipſũ, vt par eſt, magis quàm vtrunq; formulæ verba cõſideres, quid obſecro refert an creditor manuteneatur in poſſeſsione rei obligatæ iure ipſo pignoris, an verò in poſſeſſionẽ illã eodẽ iure inducatur? An nõ vtroq; caſu agit tanquam creditor hypothecarius & ſiue poſſeſsionẽ, ſiue detentionẽ illã quę penes aduerſarium fuit, auocat iure hypothecarij creditoris? An non vtriuſq; formulę idem effectus eſt vt non priùs poſſeſsio ab eo aufferri poſſit, quàm ipſi fuerit ſatisfactũ? Quidni ergo vtroq; caſu eadẽ exceptione repelletur non factæ excuſsionis, cùm ea exceptio inducta ſit aduerſus omnes hypothecarios creditores

tores pignoris poſſeſſionem perſequentes. Reſpondebis fortaſſe, ita demum exceptioni illi locum eſſe ſi is qui conuenitur reuera poſſideat, & præterea conueniatur non ſolùm ab hypothecario creditore, ſed etiam hypothecaria actione: cùm autem creditor propriam poſſeſſionem auocat propter clauſulam conſtituti ex beneficio *legis vltimæ C. de acquir. poſſeſſ.* actionem exerceri quidem à creditore hypothecario, ſed non hypothecariam, nec contra poſſeſſorem, ſed à poſſeſſore aduerſus eum qui non poſſidet, at aſininam duntaxat detentionem habet. Ego verò aut non intelligo quid tibi velis, aut in vetbis ludis, & merè nugaris. Nam fateri te neceſſe eſt, vel actionem illam quâ creditori hypothecario dari vis ad auocandam propriam pignoris poſſeſsionẽ, effectu ipſo eſſe hypothecariã, vel ſaltem fieri non poſſe vt vtraque conuentio ſubſiſtat, id eſt pignoris, & tranſlatæ per conſtitutũ poſſeſsionis. Siquidẽ contendis, quod & verũ eſt, creditorem qui poſt conuentionẽ de pignore cauit ſibi per clauſulã conſtituti hoc ipſo factũ eſſe pignoris poſſeſſorem: nec tamen ius pignoris amiſiſſe, quandoquidem nec pignoris poſſeſsionẽ habet niſi tanquam pignoris, id eſt quia pignus habet. Quòd ſi hæc non ſunt cõtraria, Creditorẽ & pignus habere & pignoris poſſeſſionẽ; cur erunt magis illa cõtraria creditorẽ & hypothecariã exercere & ſuã pignoris poſſeſſionẽ tueri? Aut ſi cõtraria non ſunt, quidni eadem actione vtrumque contineri poterit, vt & hypothecariam exerceat ex qua parte creditor eſt, & poſſeſsionem ſuam retineat ex qua parte poſſeſſor? Quæ nã verò formula in eam rem aptior excogitari poteſt, hoc eſt ad pignoris & poſſeſsionis iura ſimul vindicanda, quàm ſi creditor per ſimplicem libellum petat ſe manuteneri in rei obligatæ poſſeſsione, vt eam pignoris iure retineat? Vides enim hoc caſu agi nõ modò de poſſeſsione, ſed etiam de iure pignoris, cùm ſi ius pignoris nullũ proponeretur, nulla etiã ſubeſſet cauſa retinendæ poſſeſsionis quæ per clauſulã cõſtituti propter ſolũ pignus tranſlata fuiſſet. Proinde quantumuis proponas intentatũ quod vocãt remediũ *legis vltimæ C. de acq. poſſ.* propriámque non alienam poſſeſsionem à creditore auocatam, fateri te oportet nihilominus hypothecariam quoque actionem in iudicium deductã intelligi. Quippe quæ nihil aliud eſt quàm actio de iure pignoris aut quæ propter ius pignoris datur. Conſequens igitur eſt vt perinde hoc etiam caſu repellendus ſit creditor exceptione non factæ excuſſionis, acſi cõſtituti clauſula in contractu nulla interueniſſet. Aut ex contrario, ſi exceptionem hanc id impediat quod is ipſe qui agit poſſeſſor eſt, negandum eſt exceptioni locum fore, tametſi per hypothecariam creditor in id ageret, vt in pignoris poſſeſsionem mitteretur: quia æquè verum eſt hoc caſu illum agere qui verè poſſeſſor eſt. Neque enim ex eo quod petit ſe in poſſeſſionẽ mitti ſtatĩ poteſt inferri velle ſe priuari commodo poſſeſsionis quam ſibi quæſiuerat per clauſulam conſtituti, cùm & agat ex eo ipſo contractu in quo clauſula illa incerta eſt, & præterea ad ipſam quoque poſſeſsionẽ agat. Ad poſſeſsionem, inquies, adipiſcendã, nõ ad retinendã. Fateor, ſed ad adipiſcendã nimirũ illam quã non habet, vt eã retinere poſſit quam tam habet, id eſt, vt loquar apertiùs, ad adipiſcendam corporalem illam & aſininam detentionem quæ penes reũ eſt, non verã illã & realem poſſeſsionẽ tam naturalem quàm ciuilẽ, quàm à tẽpore contracti pignoris nactus fuerat per clauſulam cõſtituti. Nihil enim vetat agi ſimul ad retinendam poſſeſsionem ciuilem & adipiſcendam naturalem, vt Bartolus & alii tractant ad *legem* 1. *D. vti poſſid.* quoniam per retentionem ciuilis

possessionis iure est adipiscendæ naturalis. Multo igitur magis ei qui non modò ciuilem, sed etiam naturalem & realem possessionem iam habet per clausulam constituti, permittendum erit vt ea retenta petat & adipiscatur asininam quæ penes aduersarium reperitur. Nam & in contrariũ similiter euenit, vt qui propriam auocat possessionem ex beneficio *l. vlt. C. de acquir. possess.* licèt nihil aliud petat nisi vt in pignoris possessione retineatur, hoc ipso tamen petere videatur restituendæ sibi se in animam illam possessionem quam habet aduersarius: quis non potest dici quis alius eiusmodi actionis effectus futurus sit, quando verum est aduersarium, licèt re vera non possideat, tamen asininam & corporalem habere possessionem, quæ sola veræ possessionis totum fundamentum est. Quinimò statim atque is qui eo modo rem detinet incipit velle sibi habere & verũ possessorẽ prohibere, quamuis nullo iure id faciat, tamen incipit proculdubio possidere. Ideoque tanquam spoliator condemnandus est interdictis aut actionibus restitutoris vt possessionem quam eripuit, restituat. Itaque quamuis admitterem quod semper negabo, Iustiniani constitutione factum esse, vt hoc etiam casu possessio non amittatur, eiúsque retinendæ ius saluum sit veteri possessori, tamen fatendum esset vel multo Iustiniano, asininam saltem possessionem ei deesse, ac proinde restituì debere ab eo contra quem agit interdicto retinendæ possessionis. Et verò si is qui directam rei vindicationem exercet possessioni suæ renunciasse non intelligitur, vt scriptum est in *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune. D. de acq. possession.* quanto minus possessionis propriæ retinendæ animum abiecisse credendus erit is, qui in id egit vt eam quoque possessionem quam aduersarius habuit qualiscunque illa esset nancisceretur? Quamquam si quod reste sit fateri volumus, is qui à debitore rem comparauit, & ex iusto titulo habere cœpit, etiamsi verus possessor non esset (esse autem non dúbito) hoc ipso tamen quòd asininam illam possessionem ex bona fide & cum titulo nactus fuisset, non minùs dignus videretur qui exceptione ordinis, & non factæ excussionis gaudere deberet quàm is verè nec tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter possideret. Cur non enim eodem auxilio ei succurramus qui alioquin idem damnum passurus sit quod pateretur si verus possessor esset, meráque hypothecaria conueniretur? Neque enim odio creditoris aut hypothecariæ actionis inductam Iustinianus voluit ordinis exceptionem, sed fauore tantùm tertii possessoris, ne possessio quam haberet qualiscunque illa dummodò iusta esset, ei eriperetur per creditorem, cui ex aliis bonis debitoris æquè satisfieri posset. Atqui idem huius emptoris fauor est, idémque damnum & incommodum sit rem quam bona fide comparauit, carere cogatur vt creditori satisfiat. Planéque absurdum fuerit metiri fauorem emptoris ex actione creditoris, quomodo pragmatici faciunt qui ordinis exceptionem ei accommodant aduersus creditorem agentem hypothecaria, licèt possessorem factum ex clausula constituti, non etiam si propriam possessionem auocet ex beneficio nouæ constitutionis, licèt agat tanquam creditor & ad eum finem vt pignoris iure possessionem illam retineat. Quam ob causam & huius absurdi euitandi gratia, vidi ex pragmaticis subtilioribus nonnullos, qui eam sollennem quã diximus ferendæ in hac actione sententiæ formulam non probarent, sed dicerent, Ad fugandam non factæ excussionis exceptionem de nuda causa possessionis & agendũ & pronunciandũ esse, nulla pignoris facta mentione. Sed nę isti faciunt intelligendo vt nihil intel-

intelligant. Quasi verò ius vllum possessionis habeat creditor tanquam creditor nisi quatenus hypothecarius est, & ratione pignoris ita contracti, aut quasi possit separari clausula cõstituti quæ accessoria est à pignoris conuentione quæ est principalis. Et verò an non in sententia exprimi necesse est ius quod modò debitori competit, sed etiam cuilibet possessori luendæ possessionis si luere pignus velit oblato omni eo quod victori debetur. Fieri ergo nullomodo potest vt de iure pignoris nihil dicatur, & cõsequenter vt hypothecariam nõ exercere videatur qui possessionem siue propriam, siue alienam auocat iure pignoratitij creditoris. Nam quemadmodum hypothecaria cumulari potest cum interdicto recuperandæ possessionis vt omnes consentiunt, ita & cum interdicto retinendæ quoties creditor agens hypothecaria possidet, nec hypothecariam exercet nisi vt aliminam auocet detentionem, sine qua nec fructus ex pignore vllos percipere, nec pignus distrahere, vacuámque eius possessionem tradere potest. Quidni verò, cùm & interdicta retinendæ & adipiscendæ possessionis cumulari possint dummodò ad diuersas possessionis species referantur, vt diximus?

ERROR SEPTIMVS.

De creditore auocante propriam possessionem implorato beneficio clausulæ constituti, non etiam legis vltimæ C. de acquir. possess.

VVLGO pragmatici putant creditorem qui pignoris sui possessionem auocare velit à tertio possessore vt effugiat periculum exceptionis ordinis quæ tertiis possessoribus accommodatur non solùm propriam possessionem auocare debere implorato in eam rem beneficio clausulæ constituti, sed etiam obseruandum id debere, vt beneficium imploret quod inductum est cõstitutione Iustiniani in *l. vlt. C. de acquir. possess.* Sic enim sentiunt clausulam constituti, licèt prosit ad acquirendam veram & realem possessionẽ, prodesse tamen non posse ad hoc vt facto debitoris possessio interuerti non potuerit alienato pignore nisi Iustinianeæ quoque legis beneficium imploretur. Et sanè fatendũ est solam Iustiniani cõstitutionem illam esse, non dicam quæ hoc ius induxit (neque enim hanc constitutionis sententiam esse vnquam admisero) sed quæ huic errori specie iuris inducendo prætextum attulit. Sed tamen absurdum mihi semper visum est existimare, hanc actionis & formulæ sollennitatem esse necessariam, nec sufficere potestatem iuris coniunctam cum voluntate actoris ius suum exequentis, & possessionẽ suam adserentis. Quid enim refert an expressis verbis an facto ipso imploretur beneficium legis? Annon autem satis auxilium legis implorat, qui eo modo agit quo alioquin agere non posset? Igitur verius est si error communis pro iure accipiatur, satis esse creditori ad ordinis exceptionem declinandam, vt dicat se possessorem per clausulam constituti aut qua alia ratione, contendatque nõ potuisse possessionem suam se inscio interuerti facto debitoris, licèt auxilium *legis vltimæ. Cod. de acquir. possess.* nullomodo imploret. Eóque iure iam ferè vtimur.

ERROR VIII.

De acquirenda per constitutum possessione futurorum bonorum.

QVEMADMODVM valet iure ciuili obligatio bonorũ omniũ debitoris, non solùm præsentiũ sed etiam futurorum, *l. & quæ nondũ 15. §. quod dicitur D. de pignor.* adeóque obligatis generaliter & indistinctè bonis omnibus, etiá futura obligata intelligũtur ex Iustiniani constitutione in *l. vltim. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Ita receptum est à pragmaticis, & inductum à vulgaribus interpretibus iuris, vt per clausulam constituti quæ generali bonorum omnium obligationi subiici solet acquiratur creditori possessio vniuersorum bonorum non solùm quæ debitor eo tempore habuit, sed eorum etiá quæ posteà quæsierit, quasi facta translatione possessionis sub illa condicione si debitor earũ rerum quas nondum habet, sed tamen habiturus est, possessor quádóq; fieret: sicuti & pignus ipsum sub ea condicione contractũ intelligitur. Si res illæ peruenient ad dominiũ debitoris, cùm priùs sit vt res obligata in dominio sit debitoris, quàm vt obligari possit *d. §. quod dicitur.* Constat enim sicut pignus sub condicione acquirendi dominij contrahi potest, ita & possessionem sub condicione qualibet transferri posse *l. qui absenti 38. §. 1. D. de acquir. possess.* Sed vereor ne hæc dominij & possessionis comparatio interpretes & pragmaticos fallat, cùm agitur de possessione per clausulam constituti transferenda. Hic enim acquirendæ possessionis modus licèt habilis sit ad veram quoque possessionem acquirendam, tamẽ fictitius est, nec tam facilè admittit vt ea ratione possessio transferatur. Nam vt scriptum est in *l. quod meo 17. D. eod.* cùm quis constituit se alieno nomine possidere, necesse est vt idipsum priùs ille suo nomine possideat. Alioqui constitutum nullius momenti est. Facit autem illa clausula vt qui possidebat desinat possidere, faciátq; alium possessorem: quamquam verò fit vno instanti vt & amittat possessionem & eam in alium transferat, illud tamen non æquè eodem instanti fieri potest vt & incipiát & desinat possidere. Non enim iuris tantùm ratio, sed ipsa etiam natura facit vt necesse sit priùs quæsitam esse possessionẽ, quàm amitti possit, siquidé esse in rebus omnibus naturalibus, sicuti primum non esse sequitur, ita præcedit secundum. Atqui si admittas clausulam constituti nihil operari eo primùm instanti quo possessio rei obligatę acquiritur ex postfacto debitori, illud etiam te fateri necesse est fieri non posse vt vnquam operetur: cùm eo ipso instanti impleatur condicio sub qua vt possessio transferretur actum fuit. Est enim illud perpetuũ in actibus omnibus qui sub condicione fiunt, vt nisi eo primùm instanti quo condicio impletur effectum ipsum producant quem producere possent si purè facti essent, non valeant: quia nec existens condicio quicquam aliud adfert nisi vt purè res acta videatur; contracto nimirum & æstimato obligationis iure non ex eo tempore quo condicio impletur, sed quo res gesta est sub condicione vt pluribus explicauimus, *libr. 15. Coniectur. cap. 6. & 7.* Nec diuersa ratio est possessionis quæ per veram traditionem transfertur sub condicione. Nam neque ex ea traditione transferetur possessio existente licèt posteà condicione, si traditionis tem

pore

pore is qui tradidit possessor nō fuit: quoniam existens condicio facit duntaxat vt traditio pro purè facta habeatur. Purè autem facta non transferret possessionē, nisi ab eo facta esset qui ipse tùm possideret. Nec quod fortassis medio tempore vera possessio quæsita fuit ei qui tradidit, quicquam proderit ad causam transferendæ possessionis non magis quàm si post traditionē purè à non possessore factam possessio accessisset. Necesse enim est vt & voluntas & potestas transferēdę possessionis eo instanti adsit quo traditio fit, ac prorsus de vt quæsita tradenti possessio præcedat translationem quæ fit in accipientem. Porrò constitutum vice traditionis est, ideóque dicimus quod nec pragmatici negant non aliter ex constituto posse transferri possessionem quam si constituens possideat eo ipso tempore quo constituit. Quare nec diffitebor, possessionem eo casu quo constituens tempore cōstituti possideat, transferri posse sub condicione, non secus acsi vera traditio facta esset. Sed hoc cōtendo siue vera siue ficta traditio intercesserit, non magis sub condicione acquirendæ possessionis posse transferri possessionem, quamuis expost facto ea possessio acquiratur constituenti, quàm si actum fuisset, vt purè transferretur per eum qui nondum tunc possideret. Cōtrahendi pignoris longè alia causa est. Nihil enim obstat quominus eodem instanti & dominium acquiratur debitori, & pignoris iure obligetur creditori, quia tam dominii quàm pignoris acquisitio iuris potestate fit: Ius autem eodem instanti vtrumque commodè operatur: Adeò vt quod magis mirum est, si plures creditores concurrant, quorum alter tacitam hypothecam ex priuilegio habeat, alter non nisi expressam, præferatur is qui tacitam habet quasi causam pignoris præuenerit, vt Papin. ait in *l. si is qui. D. de iur. fisc.* de cuius sententia & ratione scripsimus *l. 2. Coniect. cap.* 11. At possessio non transfertur iuris potestate, sed facto hominis, id est per traditionem aut quid aliud quod sit vice traditionis, quoniam tota facti est *l. denique* 19. *D. quib. ex caus. maior.* Facta autem plura quæ aliquam inter se ordinis retionem habent, non possunt ad vnum idémq; instans accōmodari, quia natura nō nisi in tēpore operatur. Itaq. concludendum est clausulam constituti appositam in obligatione bonorum omnium præsentium & futurorum prodesse ad transferendam possessionem bonorum præsentium duntaxat, non etiam futurorum. Obseruandum autem est ita demum prodesse si prę̄sens fuerit aut sciens aut volens is cuius nomine constitutum est possideri. Non etiam si fuerit absens, nec si pro eo notarius stipulatus sit, ísque stipulationem ratam habuerit, quia non potest quæri possessio, nisi animo & corpore. Vtrumque autem necesse est interuenire eo ipso instanti quo possessio ex parte constituentis amittitur, vt habiles sint termini à quo & ad quem nec inhabile medium vllum sit ad transferendā possessionem. In quo etiam vulgo à pragmaticis erratur. Sed nos de eo alias pluribus.

ERROR NONVS.

De precaria possessione.

INTER precariam possessionem & eam quæ per clausulam constituti acquiritur, multum interest. Non enim sicuti constitutum

ita & precariâ transfert naturalem verámque possessionem realem, sed ciuilem dumtaxat. Et differentiæ ratio est, quoniam qui se alieno nomine possidere constituit hoc ipso definit possidere, & alium facit possessorem, vt proximè dicebamus. Proinde transfert eam ipsam possessionem quam habebat, & qualem habebat, id est tam naturalem quàm ciuilem, sola excepta corporali & vt vocant, asinina, quæ cùm tota ex facto & detentione ipsa æstimetur, remanet penes constituentem qui alieno nomine in possessione est. Qui verò fatetur se ab alio precario possidere, is facit quidem alium possessorem, sed ciuiliter tantùm non etiam naturaliter, quia non definit velle possidere, sed eam tamen possessionem quam retinet, vult sibi emi posse per eum à quo dixit se precariò possidere. Sic enim pragmatici nostri post vulgares interpretes ratiocinantur. Recte ne an secus, alio loco videbimus cùm de naturali & ciuili possessione latiùs disseremus. Hinc autem pragmatici inferunt, si possessio quam debitor in creditorem hypothecarij transtulerat per precarium ab eo ipso interuersa sit, per alienationem fortasse pignoris subsecutam, non eodem modo consuli posse creditori ad auocandam & asserendam possessionem propriam, quali per constitutum possessor factus esset. Non enim ipsi competere beneficium constitutionis Iustinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. possession.* sed interdictis restitutorijs aut actionibus extraordinarijs in locum eorum substitutis vtendum necessariò esse, vt amissa possessio repetatur. Mouentur ex eo quòd Iustiniani constitutio de iis expressim loquitur, qui corporalem nacti sunt possessionem, id est vt illi interpretantur veram, realem & naturalem. In quo sanè parum subtiliter facere mihi videntur. Nam cùm id vnum tota illa lege agat Iustinianus vt prouideat ne semel quæsita possessio, ex dolo & malignitate eius per quem retinebatur amitti possit, cur non eodem iure vtetur is qui per precarium nactus est ciuilem possessionem, vt eam sibi adserere possit & retinere, quo vteretur ad veram & naturalem possessionem tuendam si eam per constituti clausulam nactus esset? An ideò fortasse quod ciuilis possessio cùm sola est & sine naturali, facilius amittatur? Imo verò multo difficilius amittitur, quia pendet tota ex animo possidentis, nec proinde *inscio* inuitóque eo potest interuerti: Amittitur quidem statim atque desiit esse vtilis & efficax ad naturalem ipsam possessionē auocandam, vt putà si is qui ciuiliter tantùm possidebat sciens ab alio fuisse occupatā naturalem, eam repetere neglexerit vel per triduum solùm, aut si per decennium naturalem illam possessionem deseruerit, vt nostri post Bartolum tractant in *l. si de re* 40. §. 1. *De acquirend. possession.* quoniam his casibus videtur deesse animus retinendæ possessionis, priore quidem casu propter negligentiam præsentem, posteriore verò propter obliuionem, quæ ex decennij lapsu præsumitur. Sed quandiu supersest voluntas illa retinendæ possessionis ciuilis, numquam interrupta, vtique ciuilis possessio salua est, nec minùs remedia competunt ad eam retinendam & naturalem adipiscendam, quàm cōpeterent ad naturalē ipsam aut retinendam aut recuperandam si cum ciuili simul quæsita fuisset. Nā & cùm is qui naturaliter & ciuiliter possidebat turbatur in naturali possessione aut deiicitur, non alia ratione iuuatur interdictis retinendæ aut recuperandę possessionis, quàm quia retinet ciuilem, qua amissa propter interruptū animum possidendi, nulla profectò naturalis aut retinendæ aut recuperandæ ratio supereset. Numquā enim ei succurritur qui proprio

facto

facto aut volútate ſua deſiit poſſidere: Nec mouere pragmaticos debuit quod Iuſtiniani conſtitutio eorũ perſonas diſertè cõplectitur, qui corporaliter nacti ſint poſſeſſionẽ. Nã poſterior pars conſtitutionis eius etiam demõſtrat id eò pertinere vt ſi is per quẽ nondum corpimus poſſidere negligens fuerit in acquirenda poſſeſſione quã ex mandato noſtro nobis acquirere potuit & debuit, noceat nobis ea negligẽtia, quia facilius illud admitti poteſt vt per alĩ nobis nihil acquiratur, quàm vt per alĩ nobis damnũ inferatur, Toties igitur Iuſtiniani cõſtitutio proderit quoties agetur de retinẽda poſſeſſione quæ per aliũ iam acquiſita & retenta poſtmodũ ab eo derelicta aut prodita ſit: nullum. n. ex eius dolo & malignitate præiudiciũ dominio generari oportebit, nec quaſi interpellata poſſeſſione vſucapio quoq; interpellata videbitur, quãdiu ea poſſeſſio ab alio occupata non erit, quemadmodũ in ſuperioribus explicauimus. Cæterũ idem obtinebit non ſolũ ſi corporalis & aſinina illa poſſeſſio occupata ſit, ſed & ſi naturalis ciuiliſq; poſſeſſio ſine corporali, & cõſequenter ſi ciuilis tantùm ſine naturali, nimirum vt ea poſſeſſio quæ iam acquiſita erat ſiue ciuilis tantùm fuit ſiue naturalis & ciuilis, retineatur qualis fuit. Alioqui nec illud erit admittendũ quod pragmatici tamen omnes fatẽtur. Prodeſſe Iuſtiniani legẽ ijs etiã qui non niſi per conſtituti clauſulã facti ſint poſſeſſores. Etſi. n. verũ eſt per conſtitutũ transferri poſſeſſionẽ non modò ciuile ſed etiã naturalẽ, veram & realem, corporalis tamen quæ, vt dixi, nihil niſi aſinina eſt cùm ex corpore tota æſtimetur, non transfertur ſicuti nec per precariũ. Itaque quod ad hanc rem pertinet nihil hæc ab illa differt.

ERROR DECIMVS.

Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul translata ſit.

NOTARIORVM hic error eſt potiùs quàm politiorũ & verſantiũ in foro pragmaticorum. Solẽt. n. notarij clauſulam conſtituti ſic concipere; vt qui aliquid ex bonis ſuis alienat vel obligat, conſtituat ſe eã rem & alieno nomine & precario poſſidere: nimirum vt & aptiore & certiore modo vtantur transferẽdæ poſſeſſionis. Non animaduertẽtes fieri nõ poſſe, vt p precariũ & conſtitutũ ſimul poſſeſſio trãsferatur, propter diuerſã adeoq; repugnantem vtriuſq; clauſulę rationẽ. Nã p cõſtitutũ, vt in ſuperioribus à nobis diſputatũ eſt nõ modò ciuilis poſſeſſio trãsfertur, ſed etiã naturalis, vera & realis, omnis deniq; excepta corpora li & aſinina. Per precariũ verò ſola ciuilis, remanente naturali & reali penes eũ qui precariò poſſidet. Quomodo. n. precariò poſſideret, ſi nullomodo poſſideret? Enimuerò nõ ſicut aliud eſt poſſidere, aliud nomine alieno poſsidere, vt ait *lex quod meo* 17. *D. de acqu. poſſ.* ſimiliter dici poteſt aliud eſſe poſſidere, aliud precariò poſsidere. Quippe poſsidet etiã ille qui precariò poſsidet quãuis cum hac adiectione precarij: quæ adiectio facit dũtaxat vt ei poſſeſsio ſua ꝓdeſſe nõ debeat cõtra eũ à quo poſsidet precariò: quę tamẽ cõtra alios prodeſt, quemadmodũ cõtingit & in violẽta & in clandeſtina poſſeſsione: quæ vtraque vera poſſeſsio eſt, & ad cauſſam interdictorum vtilis, licèt ſit iniuſta. Solent namque tres illæ poſsidendi cauſſæ cõiungi eodémque ferè in omnibus iure cenſeri, ſi vi, aut clam, aut precariò poſsideatur. Igitur quemadmodum fieri nõ poteſt vt vna eadémq; perſona poſsideat naturaliter, & non poſsideat naturaliter, ita neq; illud admitti, vt clau-

Digitized by Google

sulæ constituti coniungatur clausula precarij ad transferendã possessionem. An ergo si vtraq; adhibita sit per errorem & imperitiam siue notarij siue stipulatoris, translatio possessionis impedietur? Minimè verò. Absurdum enim sit, & præter contrahentium voluntatem, precarij clausulam non nisi ex superabundanti adiectam quo magis possessio transferatur, facere quominùs translata videri possit per constitutum, quod in eam rem non modò vtile & efficax esse, sed etiam sufficere potuit. Nam & dici solet in ijs quæ diuiduam & separatam habent rationem vtile per inutile non vitiari *l. placuit 29. D. de vsur.* Multùm tamen interest quibus verbis clausula constituti sit concepta. Nam si quis, vt plerunque fit, constituerit se precario possidere, non vtraque, sed sola precarij clausula interuenisse videbitur, soláque possessio precaria, id est ciuilis translata: Non item si quis constituerit se stipulatoris nomine & precariò possidere: Hîc enim duplex clausula est, cõstituti prima, precarij altera: & hoc casu obtinent quæ nunc diximus. Ita fit plerunque vt notarij quo pluribus verborum ambagibus vtuntur, vt cumulatis cautionibus magis cautum sit stipulatori, ei potiùs noceant, quia vim & significationem verborum quæ iureconsultorum propria est, non intelligunt. Idem euenit cùm in obligatione aut alienatione bonorum omnium adiiciunt ne quid prætermissse videantur *tam mobilium, quàm immobilium.* Facit enim ea adiectio vt iura & actiones non comprehendantur, quia neque mobilium neque immobilium appellatione continentur, licet adiectum sit *quorumcumque*, cùm tertiam bonorum speciem constituant à mobilibus & immobilibus omnino distinctam & separatam. *l. à Diuo Pio 15. §. 1. D. de re iudic.* Propter quam causam si bonorum simpliciter & indistinctè obligatio aut alienatio facta esset, nemo dubitat quin etiam iura & actiones comprehenderentur. Sanè in proposita quæstione De possessione per constitutum & precarium translata si diuersis temporibus debitor constituerit & precariò rogauerit, aliud dicendum erit, atque inspiciendum, quid priùs factum sit, Vt quod nouissimè factum erit, id solum obtineat quasi à priore conuentione recessum sit per posteriorem *l. si quis antè conduxit 10. D. de acquirend. possess.*

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS QVINTA.

ERROR PRIMVS.

De creditore hereditario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

CONIVNGENDA erunt quæ hoc capite ſcribemus cũ iis quę ſcripſimus *cap.* 1. *Decadis ſuperioris.* Solẽt hypothecarij creditores quorũ nomine debitor conſtituit ſe poſsidere, vt ſollẽnis inuentarij moras & incõmoda effugiant, auocare propriã poſſeſsionem ex clauſula conſtituti, in eámque rem implorare beneficiũ cõſtitutionis Iuſtinianeę *in l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Ita enim aſſequũtur vt dilata quæſtione de crediti iure & ordine, in id vſque tẽpus quo de creditorũ omniũ & legatariorũ actionibus vno eodémque iudicio cognoſci & pronũciari poſsit, interea retineãt poſſeſsionẽ quã ſibi per debitoris cõſtitutũ acquiſierũt. Et quidẽ optimo iure, quia cùm ea poſſeſsio per clauſulã cõſtituti trãſlata fuerit à debitore viuo in creditorem, nõ poteſt videri hereditaria. Siquidem hereditarium id dicimus quod mortuo teſtatore in eius hereditate reperitur. Reperiri autem in hereditate & poſt mortem nõ poteſt quod ipſe dum viueret alienauit. Porrò illud conſtat beneficium inuẽtarij non pertinere niſi ad cauſſam hereditatis, & rerum hereditariarum, nec proinde in aliis rebus aut iuribus non hereditariis prodeſſe heredi debere. Itaque ſi creditorem ſic agentem velit heres ea exceptione ſummouere, quòd iam cœpta ſit inſtantia diſcuſsionis bonorum defuncti in qua de creditorum omnium iure ſimul & ſemel diſceptari oporteat, non eſt audiendus. Nihil enim commune habet cauſſa poſſeſsionis cum iure pignoris, niſi hactenus vt ſi ex poſtfacto appareat creditorem hunc aut verum creditorem non fuiſſe, aut poſteriorem eſſe aliis creditoribus quibus non aliter quàm ex huius rei precio ſatisfieri poſſit, prævalere debeat ius pignoris, nihilque huic conſtitutario proſit poſſeſsio quæ nuda eſt, id eſt pignoris iure & priuilegio deſtituta. Illa tamen emergit plerumque dubitatio, an cum hoc actionis genere creditor ſibi proſpicit, vocandi ſint & audiendi cæteri creditores quorum poteſt intereſſe, quemadmodum vocandi eſſent & audiendi ſi pendente diſcuſsionis inſtantia prouiſionalis, & vt loquuntur, fiduciaria adiudicatio peteretur. Et pragmatici putant, audiri quidem eos debere ſi interuenire velint: ſed ſi vltro ſe non offerant, non poſſe moram fieri ab herede creditori qui nihil niſi propriam poſſeſſionem, quæ amplius hereditaria non eſt auocare velit. Ne alioqui eueniat vt parùm ei proſit quod habeat pro ſe

clauſulã conſtituti, quódq; de nuda poſſeſsione agat non etiã de pignoris ſui iure. Præſertim verò ſi offerat ſatisdationem de pignore cuius poſſeſsionẽ auocat, in corpus hereditatis reponẽdo, ſi quando ita fieri debere iudex arbitrabitur, vt creditoribus omnibus ex rerum hereditariarũ diſtractione ſatisfiat. Quod tamen cuiuſmodi ſit, non facilè poſſum intelligere. Nam cùm per conſtitutum non aliter poſsit transferri poſſeſsio, quàm ſi eo tempore poſsideat is, qui ſe cõſtituit alienó nomine poſsidere, vt omnes conſentiunt, quomodo fieri obſecro poteſt vt ſciat an defunctus eo tẽpore poſſederit, niſi auditis creditoribus cęteris omnibus hypothecatis? Quid enim ſi quis ex iis anterior tempore per ſimilem cõſtituti clauſulã poſſeſſor factus reperiatur? Apparebit vtique nullius mométi eſſe poſſe conſtitutũ ab eo poſteà factum qui amplius nõ poſſidebat: ideóq; fruſtra & nullo iure auocari per iſtũ poſſeſsionem, quã dicere ſuam non poſsit, quámq; nunquã habuerit. Atqui, inquies, nihil intereſt heredis an hic aut ille creditor poſsideat, cùm nõ eo magis futurus ipſe ſit poſſeſſor eius rei quã defunctus per cõſtituti clauſulã detierat poſſidere. Sicut & ex contrario nihil intereſt creditoris anterioris poſſeſsionem ex clauſula cõſtituti habentis an poſterior hic creditor ex ſimili clauſula poſſeſsionem ſibi adſerat, an ea poſſeſsio penes heredẽ remaneat, quádiu ipſe ius ſuum non exequitur, cùm, ſi poſteà exequi volet, perinde ſit ille poſſeſsionem ſuã à creditore ipſo, atque ab herede auocaturus, nulla ſcilicet ei obſtatura exceptione de re inter alios ſe inſcio iudicata. Verùm reſpondeo imò quàm maximè intereſſe heredis ne ſibi poſſeſsio pignoris per eum aufferatur, qui aufferendi ius nullum habeat, cùm eo ſummoto futurum ſit vt corporalis poſſeſsio pignoris maneat in hereditate, nec eam creditor anterior tam citò fortaſsis auocet, qui auocare ſi vellet poſſet. Finge eſſe illũ heredi amiciorem neq; tã importunũ creditorem, qui forſitã ſciat nõ poſſe ſe periclitari quòd ſit ex anterioribus, quiq; poſſeſsionẽ ſuã penes heredem eſſe malit, quàm penes alium eúmq; poſteriorem creditorem: ná & id malle credendus vtique eſt, quandiu poſſeſsionem quã ab herede auocare ſi vellet, poſſet, patitur manere penes heredem. Et ſanè licèt verum ſit æquè bonã actionem habiturũ eũ cõtra creditorem poſteriorem ac contra heredem ipſũ, ſiue creditor poſterior ſiue heres poſsideat, fatendum tamen eſt multo faciliorem & expeditiorem fore perſecutionẽ ſi cõtra heredẽ aget quàm ſi cõtra creditorẽ, quia nihil omnino habet quod obiicere poſſit heres veri debitoris aduerſus creditorẽ: Alius verò creditor quãuis poſterior nõ tã facilè poſſeſſionẽ quoquo iure quæſitã ſibi eripi patietur, quia neq; debitor ipſe eſt, neq; debitoris heres, ob idq; fauorabilior exiſtimatur; cúmq; creditor anterior aduerſus heredẽ agẽs nihil aliud probandum habeat niſi quòd ſi creditor, ſi agat aduerſus alium creditorẽ quantũlibet poſteriorem, cogetur probare ſe nõ tantùm creditorem eſſe, ſed etiã anteriorem, adeóq; quod non ſemper conſequens eſt, potiorem, quia fieri nonnunquã poteſt vt qui tempore poſterior eſt, potior tamen ſit iure, habeátq; ex cauſſã fauoréq; debiti ius prælationis. Sed & creditoris anterioris aliunde intereſt vt contra heredem agat potiùs quàm contra creditorem poſteriorẽ qui ex iudicato poſſeſſor factus ſit, quoniã poſſeſſio quæ per cõſtitutũ quæſita fuerat non poteſt videri per ſolã debitoris mortem interuerſa, ideóque nec dubitatio vlla eſt quin poſſit creditor ſe dicere poſſeſſorem inuito etiam herede: nec neceſſe habeat implorare beneficium *legis vl. C. de acq. poſſ.* vt ſeq. cap. dicemus: Alio autẽ facto poſſeſſore, præſertim creditore, & quidẽ

per

per iudicem, fieri non poteſt quin anterioris creditoris poſſeſſio intetuertatur, niſi beneficium luitionis imploretur, ac proinde minùs tutus eſt creditor anterior agens contra poſteriorem, quippe qui cautiùs agere cogitur, & quaſi ſollennem actionis formulam proponere, etiam poſt ſublatas formularũ & actionũ ſollẽnitates, ne perperã egiſſe videatur, ſi pragmaticis credimus, qui putãt creditorem hypothecario, ſi de iure pignoris agere malit quàm de poſſeſsione, nihil prodeſſe clauſulã cõſtituti, vt retulimus *Decade ſuperiore cap.* 4. Quæ cũ ita ſint negari nõ poteſt quin creditorũ anteriorũ interſit ne quicquã inauditis ijs decernatur in fauorẽ poſterioris, qui ex clauſula cõſtituti adſerat ſibi cõmunis pignoris poſſeſſionẽ. Imò intereſt etiã poſteriorũ propter ſumptus quos ab anteriore creditore fieri neceſſe eſt pro poſſeſsione pignoris conſequenda. Emolumentũ.n.illud quod Principi pẽditur pro iudicato, nõ minùs debetur ob auocatã ex conſtituto poſſeſsionẽ, quam ſi de iure crediti & hypothecæ actũ eſſet: quoniã adiudicatio illa poſſeſsionis includit adiudicationẽ quandã crediti tanquã in neceſſariũ antecedens, cùm clauſula cõſtituti ſit acceſſoria ad obligationẽ principalẽ, nec ius vllũ habeat creditor auocãdæ poſſeſsionis pignoris, niſi quatenus & creditor, & hypothecarius eſt. Sumptus autẽ illos quicunq; à creditore prorogati ſunt, ei reſtitui, atque ex hereditate indẽnitatẽ præſtari iuſtiſsimũ certè eſt, ne quã crediti iacturã & diminutionẽ patiatur. Ita fit vt hereditas ipſa diminuatur, fiatq; deterior cauſſa creditorũ poſteriorũ ſi hereditas iã alioqui ſuſpecta ſoluẽdo nõ ſit. Atqui bonus iudex id agere quantũ poteſt debet vt creditoribus omnib. etiã chirographarijs, adeóq; legatarijs & fideicõmiſſarijs ſatisfiat, nec inanibus aut nõ neceſſarijs ſumptibus hereditas oneretur. Nõ ergo facilè debet in eã deſcẽdere ſentẽtiã, vt creditorẽ qui ex cõſtituto poſſeſsionẽ ſuã auocat, audiendũ putet, niſi auditis etiã cæteris, quorũ videat intereſſe. Quare nec diſtinctio illa placere poteſt, quã à nõnullis inducta ſcio, An heres mala mente negligẽtiùs verſetur in proſequẽda diſcuſsionis bonorũ inſtantia, necne: vt priore caſu in pœnã negligẽtiæ poſſeſsio corporalis ei auferatur: poſteriore non itẽ. Poſſet.n.ea diſtinctio rationẽ aliquã habere, ſi heredis dũtaxat, nõ etiã creditorũ intereſſet. Sed cũ interſit creditorũ, vt oſtẽdimus, nõ eſt pmittẽdũ vt ijs noceat negligẽtia dolúſue heredis: potiúſq; arctari debet creditor, vt alios creditores in ius vocari & aſciri curet, ne ſibi longior mora fiat, & quidẽ ſuprijs ſumptibus, poſtmodũ ab hereditate repetiturus, ſi cõperiatur iuſtã agẽdi cauſſam. i. poſſeſsionẽ ex cõſtituto anteriore quæſitã habuiſſe. Nec eſt quod quis dicat, ſatiſdationis remedio ſatis conſultũ iri, & heredis & creditorũ omnũ indẽnitati. Non.n.ſatiſdatio hæc in eã rẽ præſtatur, vt ſi quid ex hereditate per huiuſmodi actionẽ imminutũ ſit, id à creditore ſarciatur, ſed tantũ vt ſi vel nihil vel minus ei debitũ eſſe poſteà cõſtiterit, nec rẽ illã exhibeat cuius auocat poſſeſsionẽ, præſtetur quãti intereſt heredis & creditorũ auocatã nõ eſſe poſſeſsionẽ. Itaq; ſi verus & legitimus creditor reperiatur, nulla præſtitæ ſatiſdationis vtilitas eſt, nec ſi alij ſint anteriores creditores æquè per cõſtitutũ facti poſſeſſores, dũ res ipſa cuius poſſeſsio fuerat auocata, cũ fructib. inde perceptis reſtituatur. Nec eo minùs tamẽ diminuitur hereditas per ſumptus à creditoribus factos ad auocandã ex ordine nunc ab hoc per illũ, nunc ab illo per aliũ poſſeſſionẽ. Niſi fortè quis inducendũ putet, vt huiuſmodi ſumptũ repetitio nulla ſit, dánóq; potiùs cedãt eorũ qui malè & iniuſtè cauſſã litigarunt. Sed tamẽ nõ poteſt id ex iuris ratione defendi, cũ tanto magis im-

putandũ sit defuncto debitori, quanto plures sunt creditores quorum nomine constituit ille se possidere eá rem, cuius nonnisi vnũ potuit facere possessorem. Nam & stellionatũ incidit hoc ipso quod rem iam vni obligatã alteri obligauit, nec prænonuit alteri esse obligatam *l. & quæ nondum 15. §. qui res suas D. de pign. l. 3. D. de crim stellionat.* Planè si creditor qui agit ante alios eã offerat conditionem vt ne quid præiudicij ex ea actione cæteris creditoribus & legatarijs aut fideicommissarijs inferatur, nec eorũ periculo hereditas diminuatur, in eamque causam satisdare paratus sit, vix est vt audiendus sit heres iam negligens & morator, si quò longiorẽ creditori moram injiciat, alios creditores vocari petat vt ipsis auditis de crediti & constituti iure cognoscatur. Sufficit.n. vt indemnes seruentur ij quibus nihil imputari potest, parúmque curandũ est quid damni possit emergere ei cuius culpa aliqua dolúsve intercessit, quia nec damnum vllum sentire videtur, vt est in iuris regula. Loquor de herede qui iam sit in mora & culpa, quoniã alioqui non minor heredis quam creditorũ ratio habenda est, ne quid ex hereditate diminuatur. Cùm quicquid ex bonis hereditarijs supererit post dimissos creditores legatarios & fideicommissarios omnes, id ille totum habiturus sit, suo iure: nisi hoc ipsum fortasse velis ei imputare, quòd inuentarij beneficium agnouit: quod tamen non nisi absurdè facere possis. Non.n. dolo facit qui iure communi vtitur, extra quàm si ponas tam euidenter locupletẽ esse hereditatẽ vt inuentarij conficiendi probabilem causam aliam nullam habere heres potuerit, nisi vt in creditorum & legatariorum necem beneficio legis abuteretur. Alioqui sanè interest heredis, nec minùs cùm de pignoris possessione agitur quàm si de iure ipso crediti & hypothecariæ actionis tractaretur: quia licèt possessio per constituti clausulam à viuo debitore translata, non sit hereditaria, tamen res ipsa hereditaria est cuius possessio auocatur, tantundémque incommodi accedit heredi, quantum si nullà possessione translatà, res ipsa per hypothecariam euinceretur: Quo casu minùs dubito quin verum sit quod primo superioris decadis capite probaui, non nisi auditis creditoribus legatarijs, & fideicommissarijs omnibus adiudicationem vllam faciendã esse, vel ob hoc ipsum ne lite pendente laceretur hereditas multiplicatis adiudicationibus, & quod est consequens, distractionibus rerum hereditariarum. Neque.n. eorum sententiam probamus, qui creditori propriam ex constituti clausula possessionem auocanti hactenus indulgent, vt retinendæ possessionis duntaxat, non etiam distrahendæ rei habeat facultatem. Contra quos disputabimus infr. cap. 3.

ERROR II.

De eo qui ad propriam possessionem tuendam implorat beneficium legis vlt. C. de acquir. poss. ***etiam contra heredem debitoris.***

SQVE adeò inualuit apud nos error pragmaticorum existimantium non sufficere creditori propriã possessionẽ auocanti à detentore quòd per clausulã constituti aut qua alia ratione possessionẽ nactus sit, nisi etiã imploret auxilium Iustinianeæ constitutionis *in l. vlt. C. de acq. poss.* Vt idẽ quoq; admittendũ putent etiamsi de possessione agatur aduersus heredẽ debitoris eiusdémq; constitutoris. Quæ sententia pugnat

gnat euidẽter cũ iuris ratione. Etſi.n.diſſenſio vetus fuit inter Proculianos & Sabinianos in quæſtione illa, Vtrũ poſſeſsio noſtra amittatur facto eius per quẽ poſsidebamus ſi is poſſeſsione dereliquerit vel prodiderit animo deſinendi poſsidere, Sabinianis exiſtimantibus poſſeſsionem amitti etiã priusq; ab alio eſſet occupata, Proculianis verò cõtrà negantibus nũquã poſſeſsione alius occupaſſet *l.cùm quis* 31. *D.de dolo.l.ſi de eo* 40.§.1.*ff.de acq.poſſ.* quorũ ſententiã Iuſtinianus præualere voluit *in d.l.vlt.C.eo.* Tamẽ decedente eo qui cuſtos erat noſtræ poſſeſsionis nec Sabiniani ipſi negarunt manere nos poſſeſſores in id vſq; tẽpus quo poſſeſsionẽ noſtrã adipiſci negligeremus, vt Africanus fatetur in *d.l.ſi de eo.*§.1.quia nõ ſicut derelinquẽtis aut proficientis poſſeſsione, ita morientis coloni aut procuratoris volũtas eſt vt poſſeſsionẽ amittamus licèt re vera deſinat poſsidere. Viſũmq; eſt probabilius Sabinianis vt facto q̃ vt facto cuſtodis poſſeſsio amittatur. An quod ea poſſeſsionis retinẽdæ cuſtodia quã colonus aut procurator habuit in heredẽ eius cõtinuetur? Minimè. Nã neq; in heredẽ veri poſſeſſoris tranſit poſſeſsio rerũ hereditariarũ, licet omnia defuncti iura in heredẽ tranſeant *l.cũ heredes* 13.*eo.de quo dicemus infr.cap.*4. Multò minus autẽ dicendũ ſit alienæ poſſeſsionis cuſtodiã ei creditã, cuius fides & induſtria electa fuit, tranſire in heredẽ, cui nihil creditũ poſſeſſor vellet: ſed poſſeſsionem quãdiu ab alio occupata nõ eſt, retineri dicimus etiã poſt mortem eius per quem poſsidebamus, quia neq; noſtrũ, neq; ipſius factũ vllũ interceſsit per quod amitti poſſeſsio potuerit. Sicut.n. poſſeſsio ſine animo & corpore nõ acquiritur, ita nec niſi vtroq; cõcurrente amittitur, *l. quẽadmodũ* 8.*eo.* Nec quod is per quem poſsidebamus moriendo deſinit re vera poſsidere, poteſt facere vt noſtra quoq; poſſeſsio interpelletur, quia nõ tã poſsidebat ille, quàm in poſſeſsione erat noſtro nomine: poſsidendi aũt animus etiã poſt eius mortem in nobis ſupereſt, iſq; efficax ad retinendã poſſeſsionem quadiu alius nemo eſt qui poſſeſsionis controuerſiã facere nobis velit, id eſt, quandiu ab alio non eſt occupata. Propter quam cauſſam ſic Africanus loquitur in *d.l.ſi de eo.* §.1. vt cũ poſſeſsionem interpellari neget, eã tamẽ à domino adipiſcendã nõ retinendã dicat. Ita náq; ſcribit *non ſtatim dicẽdũ eã interpellari, ſed tunc demũ cùm dominus poſſeſsionẽ adipiſci neglexérit.* Nimirũ quia licet verũ ſit non deſijſſe nos poſsidere, verum tamen eſt corporalem illã poſſeſsionem quæ cuſtodi cõmiſſa fuerat, iacére poſt eius mortem, & in eo eſſe vt occupari à quocunq; poſsit, & conſequenter etiã à nobis ipſis, qui ſi eã adprehendere negligamus, tũ demũ verò poſsidere deſinimus. Poſſeſsio.n. quæ ſolo animo retinetur ſicuti quãdiu durat prodeſt ad adipiſcendã aut recuperandã corporalem, ita per negligentiã amittitur ſi poſſeſſor ex quo ſciuit amiſſam corporalẽ eiúſq; adprehendẽdę poteſtatẽ ſibi ſaluã eſſe, adprehẽdere illa neglexit: quod modici temporis interuallũ licet intellectu magis percipi quàm verbis exprimi poſsit, vt in *l.quo enim* 12.§.*Iulianus ait D.rat.rem habe.* tamen ab interpretibus noſtris triduo cõcluditur. Notãdúſq; eſt ille Africani locus cõtra eos qui negãt interdicta retinendæ & adipiſcendæ aut recuperãdæ poſſeſsionis cõcurrere poſſe. Tã.n.id facile eſt quàm vt is cuius poſſeſsio interpellata nõ eſt, nihilominus poſſeſsionem adipiſci & poſsit & debeat: Relatione.ſ. facta ad diuerſas ſpecies poſſeſsionis. Quò etiã pertinet quod dici ſolet poſſeſſionem adeptũ eũ non videri qui ita nactus eſt vt eam retinere non poſsit *l.nõ videtur* 22.*D.eo.ti.de acq.poſſ.* Itaq. cũ Iuſtiniani cõſtitutio in *d.l.vl.C.de acq. poſſeſſ.* eò pertineat vt poſſeſsio non intercidat, quæ alioqui ex Sabinianorum

ſententia,meo quidem iudicio veriore amitteretur,non eſt quod eius poteſtatem inducamus illo etiam caſu quo certum ſit & extra controuerſiam, nō amitti poſſeſſionem.Dices fortaſſe ſententiam illam cōſentientem quam refermus Sabinianorum & Proculianorum quæ negat amitti poſſeſſionem morte eius per quem retinebatur, ita demum veram eſſe ſi poſſeſſio illa maneat in hereditate & quandiu manet in hereditate,non etiam ſi ab alio ſit occupata,quemadmodum Africanus ſupradicto loco tractat. Adita igitur hereditate ſicut definit hereditas eſſe, fitque patrimonium heredis: ita poſſeſſionem amitti quaſi ab herede ipſo vt ab alio quolibet occupatam.Sed non ita eſt.Nam quemadmodum hereditas, ſic heres defuncti perſonam repreſentat,multòque aptiùs quàm hereditas quod ad poſſeſſionē pertinet,quia cùm poſſeſſio facti ſit,hereditas quæ nihil niſi nomen iuris eſt,poſſidere ipſa non poteſt: Indéque euenit vt quamuis noua poſſeſſio ſit quam heres habet, quia tamen habet eam occaſionē ſi non iure hereditatis,defuncto potiùs quàm ex traneo poſſeſſori comparari debeat, ob idque non magis mutare ſibi poſſit cauſſam poſſeſſionis,aut vt meliùs dicam,interuertere domini poſſeſſionem, quàm defunctus ipſe potuiſſet. Alioqui dicēdum eſſet,poſſeſſionem quæ per conſtitutum tranſlata eſſet amiſſam in ſtatim atque conſtituentis hereditas adita,rerumque hereditariarum poſſeſſio per heredem occupata eſſet,quemadmodum & ſi per alium quemlibet occupata fuiſſet. Nam vt ſuperiore Decade diſputauimus non pertinet Iuſtiniani conſtitutio ad hunc caſum quo poſſeſsio quæ per alium retinebatur ab alio occupata ſit.Et tamen certi receptique iuris eſt, conſtitutum per quod tranſlata poſſeſsio eſt,non modò non finiri morte conſtituentis, ſed etiam tranſire in heredem, vt is non tam ſuo quàm priſtini poſſeſſoris & conſtitutarij nomine poſſidere videatur, vt idem in herede quod in defuncto ſeruetur,vt in *l.cùm miles* 30. *D.ex quib.cauſſ.maior.* Poſſeſsio enim ſemel per conſtitutum quæſita,nō iam animo conſtituentis retinetur, ſed animo eius in cuius commodum fuit conſtitutum, corpore tamen illius qui conſtituit,& conſequenter eadē poſſeſsionis retinendæ cauſſa ſubeſt mortuo etiam conſtitutore,non ſecus acſi per corporalem traditionem poſſeſsio fuiſſet tranſlata.

ERROR TERTIVS.

Si creditor pignoris poſſeſsionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit.

QVONIAM caſus quidam ſunt,in quibus permittendum eſt hypothecario creditori qui per clauſulam conſtituti poſſeſſionem nactus fuit vt eam auocet ab herede etiam pendente inſtantia generalis,vt vocant diſcuſsionis, vt docuimus ſuprà errore primo,operæ precium eſt videre an iis caſibus debeat licere creditori pignus vendere ſi debitum conſequi malit, quàm pignus retinere.Solet enim de eo interdum diſputari magnis contentionibus quaſi difficiliùs id creditori permittendum ſit, quàm vt pignoris poſſeſsionem nanciſcatur,propterea quòd pignoris diſtractio maioris ſit momenti,ſpectétque ad cauſſam non poſſeſsionis,ſed proprietatis,ſiquidem per diſtractionem pignoris proprietas alienatur,adeóque irreuocabiliter,id eſt,ita vt rectè ſollennitérque

Digitized by Google

nitérque facta diſtractio non ob id ſolùm reuocari poſsit quòd appareat nihil debitum fuiſſe, niſi alij poſtmodum appareant creditores quibus etiã ſatisfieri oporteat (quo caſu iteratam pignoris venditionem permittẽdam eſſe diximus *Decade* 1. *Err.* 6.) Qui enim autore iudice comparauit, etiam in executione prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis ſemper ſecurus eſt, tametſi poſteà prouiſionalis illa adiudicatio per diffinitiuam reuocetur; ne alioquì nemo reperiatur qui ad emptionem accedere, incertúmque litis euentũ potiùs quàm rem certam emere velit. Ob eámque nimirum cauſsam ſolent & debent victores qui vrgent ſolutionem, ſatiſdare de indemnitate præſtanda in eum caſum quo ex poſtfacto conſtet venditionem fieri non debuiſse: vt reuocata interlocutione quæ ius diſtrahendi dedit, fideiuſsor iudicati, non emptor, ab iis quorum interest conueniatur: itaque cùm per huiuſmodi venditiones hereditas diminuatur non putant pragmatici permittendũ creditori qui pendente lite poſſeſsionem nactus eſt, licèt præſtita ſatisdatione, vt pignoris diſtractionem vrgeat, propterea quòd in tempus diffinitiuæ ſententiæ quæ de creditorũ omnium & legatariorum ac fideicommiſsariorum iure reddenda eſt, conferri ea res ſoleat vt bona omnia hereditaria diſtrahi iubeantur: ex quorum precio ſingulis & omnibus ex ordine ſatisfiat. Ego verò non poſsum intelligere cur creditori deneganda ſit facultas diſtrahendi pignoris cuius habet poſſeſsionem. Nam & dici ſolet, & verum eſt inutile pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt: adeò vt etiamſi non conuenerit vt creditori pignus diſtrahere liceat, ea tamen conuentio pro expreſsa habeatur *l.* 4. *D. de pignor. action. l. quæſpecialiter* 9. *l. ſi in hoc* 14. *Cod. de diſtract. pignor.* ſibi namque imputare debet heres cur ad impediendam diſtractionem non offerat creditori, ſiue ex anteriorib. creditoribus ille ſit, ſiue ex poſterioribus, cùm ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. Cod. de iur. deliber.* liberum ſit heredi qui inuentarij beneficium agnouit vt ſoluat cui volet ex creditoribus etiam poſterioribus, ſalua anterioribus aduerſus eum qui ſolutionem accepit condictione. Nam quod beneficium legis & inuentarij imploratum eſt, non debet meliorem facere condicionem heredis, aut deteriorem creditoris hypothecarij cauſſam quatenus vires hereditariæ patiuntur, ſed hactenus duntaxat ne heres ſupra hereditatis facultates teneatur. Quod verò ad alios creditores attinet, nihil etiam illorum intereſt, quia ſiue anteriores ſunt, ſaluã habent repetitionẽ aduerſus eum qui ſolutionem accepit, *d. l. vlt.* ſiue poſteriores ſunt, ius habent impetrandi vt iterum pignus diſtrahatur, ſi non à creditore ipſo facta diſtractio ſit, ſed nomine debitoris, mandante iudice & poſtulante creditore: ſecũdum eam diſtinctionem quam nos tradidimus *Err.* 6. *Decad.* 1. Quod ſi creditor vendiderit iure creditoris, conſtat quidem poſterioribus creditoribus neque hypothecariam aduerſus emptorẽ, neque actionem vllam contra eum qui vendidit ſupereſſe, ſed æqui bonique conſulere id debent, quia & idem contingeret ſi aut debitor ipſe viueret, aut eius hereditas citra inuentarij beneficium adita eſſet. Cur enim ex beneficio illo per heredem agnito mutetur ius creditorum inter ſe non cum herede ipſo contendentium? Taceo quòd cùm ſatisdatum eſt de indemnitate non tam heredi quàm hereditati ipſi præſtanda, poteſt ea ſatisdatio prodeſſe creditoribus omnibus, vt æquè commodè ſuum cõſequi poſſint, acſi nullum pignus diſtractum eſſet, ſiue creditori huic aut nihil aut minùs debitum fuiſſe appareat, ſiue pignus viliore precio diſtractum probetur non vocatis cæteris, qui ſi vo-

cati fuissent, aut pluris licitari, aut alium emptorẽ pluris licitaturũ subiicere potuissent. Alioqui si programmate admoniti & præsentes fuerunt, nec ius suum executi, aut saltem protestati sunt, videri possunt ius pignoris sui remisisse *l. si eo tempore 6. l. si hypothecas 8. C. de remiss. pignor.* Proinde nihil caussæ est cur præstita præsertim satisdatione non debeat licere creditori qui in pignoris possessione est, pignus vendere, aut pignoris venditionem postulare, licèt inchoata necdum finita sit discussionis instantia: nam & nullo contracto pignore si missio in possessionem ex edicto prætoris impetrata esset, venditio quoque permitteretur, quia nec alij in possessionem mittuntur ex edicto, quàm qui pignus ea ratione constitutum possunt vendere *l. penult. §. vlt. D. quib. ex causs. in possess. eat.*

ERROR QVARTVS.

De statutaria rerum hereditariarum possessione quæ à defuncto in heredem continuatur.

DVBITANT pragmatici an iuris rationi conueniat ea consuetudo, quæ ex Gallorum moribus ad nos traducta, & ferè vbique gentium recepta est, vt paterfamilias moriens heredem siue instituatum siue legitimum faciat possessorem, quod Galli dicunt *Le mort saisit le vif.* Distingunt autẽ suum heredẽ ab extraneo, vt suus heres statim & ipso iure sicut heres, ita & possessor fiat ex *l. in suis 11. D. de liber. & posth.* iunct. *l. cùm miles 30. D. ex quib. causs. maior.* extraneus verò non aliter quàm si & hereditatem adierit, & eâ aditâ possessionem naturaliter adprehenderit *l. cùm heredes 23. D. de acquir. possess.* Quæ distinctio nullam certè rationẽ habet. Nã cùm possessio sit facti potiùs quàm iuris, hereditatis autẽ acquisitio tota sit ex iure & ex legis potestate, prorsus cõsequẽs est vt nulla iuris cõstitutione possessio à defũcto in heredẽ trãsferri possit. *l. denique 19. D. ex quib. causs. maior.* éstque omnino necessarium interuenire factũ heredis ad possessionẽ acquirendã: quæ nunquã nisi animo & corpore acquiritur. Nec suorũ heredũ hac parte priuilegium vllum esse potest magis quàm extraneorum, quia ius & nomen sui heredis inducit continuationem dominij duntaxat, non etiam possessionis, nimirum, vt nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam viuo patre quodammodo domini existimantur, vt Paulus loquitur *d. l. in suis.* Cæterùm quemadmodum nemo dixerit filium esse possessorem rerum paternarum viuo patre, ita nec illud admitti potest, vt possessio quæ penes patrem fuit, in suum heredem post patris mortem continuetur. Éaque Iauoleni sententia est in *d. l. cùm heredes.* Etsi enim de extraneo herede loquitur cùm tractet de adita hereditate (suus namque non dicitur adire, sed se immiscere cùm sit ipso iure heres) absurdum tamen fuerit existimare plus iuris habere suum heredem in bonis patris citra aditionem aut immixtionem, quàm habeat extraneus post aditionem. Nam quod in suis heredibus facit ius sui heredis, id in extraneis facit potestas, aditionis: hoc scilicet, vt omnia omnino defuncti iura transeant ad heredem, cùm hereditas nihil aliud sit quàm successio in vniuersum

ius quod

Digitized by Google

ius quod defunctus habuit. Sed non idcirco fit, vt possessio quæ penes defunctum fuit, ad heredem priùs pertineat quàm naturaliter, id est, corporaliter, &, vt loquuntur, de facto adprehensa sit, quia non in iure, sed in facto versatur: Quamuis, quod magis mirum est, effectus possessionis quia ex iure sunt, perinde ad heredem etiam extraneum transeant, atque si possessio in eum ipso iure translata & continuata esset: vt cernere est in vsucapione quæ licèt non possit esse sine possessione, *l. sine possessione* 25. D. *de vsucap.* tamen impletur aliquando etiam priùs quàm adita sit hereditas, quomodo scriptũ est in *d.l. cùm miles*, vbi quod ait Iurisconsultus, defuncti possessionem quasi iunctam transire in heredem, malè pragmatici sic accipiunt, vt defuncti possessio re vera, id est, eadem ipsa quam defunctus habuit, in heredem continuetur, sed sic potiùs intelligi debet vt iungatur possessio defuncti cum possessione heredis, ad hoc vt vsucapio à defuncto cœpta per heredem impleri possit. Idque verbum ipsum coniungendi demonstrat, quia si non alia esset possessio heredis quàm quæ defuncti fuit, coniunctio nulla fieri posset, cui scilicet locus nullus esse potest nisi inter separata: sicuti nec dicimus dominiũ quod defunctus habuit coniũgi cũ dominio heredis, quia nimirum vnũ idémque numero dominium est. Sed illud multò absurdius est, quòd iidem pragmatici textum illum de suo herede interpretantur, cùm apertissimè pertineat ad extraneum heredem, vt ex eo constat quod tractat de adita hereditate, sicut & *d.l. cùm heredes*. Adiri enim, vt diximus, nõ potest hereditas si qua est eius qui suũ heredẽ habet. Ex quo illud etiã manifestum relinquitur non aliã eius loci sententiã esse posse quàm quæ nunc primùm à nobis allata est. Quandoquidem nec pragmatici diffitentur, possessionem quæ penes defunctum fuit in heredem extraneum ipso iure sic transire non posse vt cõtinuata magis quàm iuncta videatur. Abhorret ergo ius hoc nostrum consuetudinarium à iuris scripti ratione non minus quod ad suos, quàm quod ad extraneos heredes pertinet.

ERROR QVINTVS

De hereditriarum rerum possessione, ex qua hereditatis aditio inducitur.

NOn leuior hic multorum pragmaticorum error est, quòd existimant statutariam illlam & consuetudinariam possessionem, quæ à defuncto in heredem sine vlla interruptione continuata esse intelligitur, inducere aditionem hereditatis si repudiatio in contrarium nulla sit, adeò vt si non declarata voluntate heres siue testamẽtarius siue legitimus decesserit, non dubitent quin ad ipsius heredẽ hereditas quasi adita transmittatur. Nam, inquiunt, quomodo fieri potest, vt heres non sit is qui res hereditarias possidet tamquam heres, quique eas possidendi alio quàm hereditario iure nullũ ius habeat? Quę tamẽ ratiocinatio, si recta est, fateri eos oportet, consuetudinis huius, de qua tractamus, tantam vim esse vt heredes omnes siue testamentarios, siue legitimos quantũuis extraneos faciat necessarios. Quo absurdius dici nihil potest. Tatũ n. abest vt cõsuetudo hæc faciat necessarios, vt ne quidẽ faciat heredes. Quid ergo? Eos qui aut necessarii, aut voluntarii sunt hered. facit possess. Prius ergo est vt sint

heredes,quia consuetudo non transfert possessionẽ nisi in heredes. Transfert quidẽ in eos qui aut instituti sunt,aut proximiores ad succedendũ ab intestato, sed nõ quatenus vel instituti vel proximiores sunt,at quatenus heredes siue scripti siue legitimi.Neq; est quod quis pro pragmaticis obiiciat secundũ hanc sententiá fore vt possessio citiùs quàm hereditas in heredẽ tranferatur, cùm hereditas nõ nisi ex quo adita est, possessio autẽ statim ab instanti mortis quæsita intelligatur. Nam imò verò vtrunq; fit eodẽ temporis momento, quia hereditas quandocunq; adita,retrofingitur à die mortis adita fuisse,nec vllo vel minimo instanti iacuisse, ne quicquam sit quod impediat quominus bonorũ quæ defunctus reliquit dominiũ per legem heredi rectà acquiratur, vt pluribus explicauimus *lib.14.Coniect.cap.vlt.*Illo autẽ ipso instanti quo hereditas ex lege defertur & ex postfacto acquisita intelligitur,possessio quoq; consuetudinis potestate heredi acquiritur,vt non priùs heres videri possit factus dominus quàm possessor rerũ hereditariũ.Sed quemadmodũ prius est vt hereditatem adeat si extraneus sit,quàm vt dominiũ rerum hereditariarũ nanciscatur, ita præcedere additionẽ necesse est,vt vi consuetudinis possessor factus videatur. Proinde si neque adita, neq; repudiata hereditate decesserit, sicuti hereditatẽ non aditam non transmittit iuxta veteris & noui iuris regulas:Itaq; neque possessionẽ quam nunquã habuit, transmittere potest.Longéque distat possessio ista consuetudinaria ab ea quã heres naturaliter & corporaliter nanciscitur, cùm vult gerere pro herede. Illa enim facit heredẽ eũ qui heres nõ erat,quoniam hoc ipso quod attingit,vel nimirũ quid hereditariũ gerit se pro herede si aliã attingendi causam nullã habuit,& consequenter sit heres non minùs quàm adeundo post sublatas Theodosii cõstitutione cretionũ sollennitates *l.geru* 88.*l.pro herede* 20.*D.de acq.here.*iunct.*l.cretionũ* 17.*C.de iur.delib.* At possessio consuetudinaria nõ acquiritur animo aut facto vllo heredis,sed sola cõsuetudinis potestate. Itaque non potest inducere additionẽ aut geritionẽ pro heredẽ quæ & facti est & animi. Consequenter cùm eos solos qui heredes sunt,cõsuetudo faciat possessores, necesse est ad inducendã consuetudinis potestatem,vt actus aliquis præcedat ex quo declaretur voluntas adeundæ, imò verò aditæ hereditatis. In suis & necessariis heredibus nihil tale tractari potest, quia sicut ipso iure heredes sunt statim ac citra additionẽ,ita & ipsa cõsuetudine possessores.Sic enim loqui malo quàm quomodo pragmatici solent,qui hanc possessionẽ *ipso facto* in heredẽ transire dicunt. Nam quemadmodũ nemo rectè dixerit huiusmodi possessionis continuationem fieri ipso iure,quia possessio facti nõ iuris est,ita nec fieri *ipso facto* cùm citra factũ vllum heredis acquiratur, non eo solùm casu quo hereditas sine facto vllo acquiritur, vt in suis & necessariis heredibus, sed illo etiã quo additione opus est,vt in extraneis. Aditio enim ad hereditatẽ duntaxat acquirendã prodest,hereditatis autẽ acquisitio quæ iuris nõ facti est,locũ facit cõsuetudini quæ possessionẽ dat heredi. Ipso iure fieri dicuntur quæ fiunt iuris autoritate,& ex iure tantũ,nõ etiã ex hominis facto pendẽt.Ipso autẽ facto ea quæ vt fiant nihil aliud exigunt,nisi vt factũ interuenerit,vt cùm dicimus incurrere quẽ facto ipso pœnã excõmunicationis,aut cõfiscationis.Neutrũ autẽ fit cùm defuncti possessio in heredẽ continuatur.Quamquã longè probabilius esset dicere continuationẽ illam fieri ipso iure quàm ipso facto. Nã & consuetudo ius est,scilicet nõ scriptũ,etiam cùm scripta est,quia nunquã ex scriptura,sed semper ex eo,quod moribus longóq; vsu receptũ est,æstimatur.

ERROR

ERROR SEXTVS.

De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem.

VETERVM pragmaticorum error fuit, etiamnum à pleriſq; ex recentioribus laudatus, ad impediendam exceptionem non factæ excuſſionis quæ ex noua Iuſtiniani lege datur tertiis poſſeſſoribus aduerſus creditores hypothecariam exercentes, poſſe creditorem ſibi conſulere hoc remedio, ſi expreſſim conueniat cum debitore bona ſua obligante vt eiuſmodi ordinis exceptioni locus eſſe numquam poſſit, nec bonorum debitoris ad quaſcumque manus peruenerint excuſſionem facere creditor compellatur. Quaſi permittendum ſit debitori cum creditore contrahenti quam velit rei ſuæ legem dicere, remque ipſam pro arbitrio afficere & obligare priuſquàm in alienas manus peruenerit. In quo ſanè falluntur. Nam cùm ea exceptio neque ex perſona neque ex facto debitoris competat tertio poſſeſſori, ſed ex beneficio ſolius legis, & fauore propriæ poſſeſsionis, iuris ratio non patitur vt debitoris facto & voluntate poſſeſsori eripiatur. Beneficium enim quod à me alius habiturus eſt tollere facilè poſsum: quod autem ab alio, vel à lege, non poſsum: adeo vt nec pacti exceptio quę fideiuſsori ex pacto rei ſemel quęſita fuit, contrario eiuſdem rei & debitoris pacto fideiuſsori inuito vel ignoranti adimi poſsit *l. vltim. D. de pact.* Longéque diuerſa ratio eſt exceptionis ordinis quæ fideiuſsori competit vt non conueniatur antè excuſſum principalem debitorem, alia eius quæ tertio poſſeſsori. Valet, & efficax eſt conuentio illa, ne fideiuſsor exceptionem ordinis poſsit obiicere quia fit cum ipſo fideiuſsore qui proculdubio huic exceptioni ſicut & cęteris pro ſe fauorabiliter introductis renunciare poteſt, *l. penultim. Cod. de pact.* Nam ſi cum debitore ſolo ea pactio facta ſit, ſiue ante, ſiue poſt acceptum fideiuſsorem, certum eſt non obſtaturam eam fideiuſſori. At conuentio illa ne tertius poſſeſsor diſcuſſionis exceptione iuuetur, fit ſemper cum debitore, numquam verò cum tertio poſſeſſore qui necdum vllus eſt, nec quis futurus ſit adhuc ſciri tùm poteſt. Proinde mirum non eſt, non nocere eam tertio poſſeſsori. Nec, quod dici ſolet, poſſe quemlibet rei ſuæ quam vult legem dicere, ad rem facit. Id enim etſi eò pertinet vt in præiudicium non modò paciſcẽtis conuentio valeat, id eſt eius qui per acquiſitionem fit dominus, ſed etiam cuiuslibet poſſeſſoris qui ab acquiſitore iſto ius habeat, vt puta ſi conſtituta ſit ſeruitus etiam inutilis, aut quæ alia ratione conſtitui alioqui non poſſet *l. ei fundo* 17. *D. de ſeruit. l. venditor* 13. D. *commun. prad.* tunc tamen locum obtinet, cùm quis rem ſuam alienat, nõ etiam cùm obligat, quia hoc caſu ſicuti dominus manet (quoniam cauſſa pignoris nihil cum cauſſa dominij commune habet) ita eam rem quam priùs obligauit poſteà alienando, transfert dominium & poſſeſsionem ſimul, atque ita facit vt vel inuito ſe tranſeat in emptorem ius obiiciendæ exceptionis, quam lex dat cuilibet tertio bonæ fidei poſſeſsori. Neque enim poſſeſſionis translationem impedire poſſunt verba illa quæ vulgo in clauſula De pignore apponi ſolent *Ad habendum, tenendum, poſſidendum*, &c. non ſolùm quia non faciunt creditorem poſſeſſorem, ſed poſſidendi tantùm ius & cauſſam præbent (poſſeſſio enim non verbis transfertur, aut per inſtrumentum, ſed traditione opus eſt aut qua

alia re quæ sit vice traditionis *l. prædia.* D. *de acquir. possess.*) sed etiam quia si possessio siue ciuilis siue naturalis ea ratione transferretur, corporali tamen penes debitorem manente, & debitore postmodum alienante, non eo minùs vera possessio emptori acquireretur per traditionem, ex quo inciperet ille sibi habere velle. Propter quam causam inductus est à pragmaticis vsus anteà ferè incognitus clausulæ constituti quæ proculdubio in hoc plus virium & potestatis habet quàm superior clausula, quod creditoré facit possessorem. In eóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed non in eo quod putant posse clausulam hanc facere vt ordinis exceptioni locus nullus relinquatur. Nam quemadmodum non impedit quominus ea possessio amitti & interuerti possit facto ipsius debitoris constituentis, rem illam obligatam alienantis & transferentis, ita nec eripere potest commodum quod possessori accessu um est beneficio leg. s. Quare & pragmatici fatentur non sufficere clausulam illam constituti nisi præterea imploretur auxilium constitutionis Iustinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. possess.* ad propriam possessionem quæ re vera interuersa est auocandam & retinendam. Quod tamen nos superiore decade iam satis superq; refutauimus. Ita factum est vt sicuti clauus clauum trudit, ita error errorem apud pragmaticos & pepererit, & excluserit.

ERROR SEPTIMVS.

De iuribus, & nominibus excutiendis.

EXCVSSIONIS non factæ exceptionem nonnulli putant esse odiosã, quia videtur aliena esse à iuris ratione, cùm per eã fiat vt creditor qui sibi diligéter prospexit acceptis à debitore pignorib⁹ ius suũ exequi prohibeatur. Alij cõtrà fauorabilẽ esse defẽdũt, propterea quod faueat bonę fidei possessori, ne tã citò tamquè facilè inquietetur per creditorẽ cui aliũde & æquè cõmodè *ex ipsius* debitoris bonis satisfieri possit. Ita enim fit vt nullo creditoris aut dãno aut incõmodo cõsulatur possessori qui & bonam fidem & titulum habens dignus vtique est cui quantum fieri potest succurratur, nimirum cùm deceptus est à debitore qui non præmonuit fuisse rem illam alteri obligatam, ex eáque causa incidit in stellionatum. Nam si nouus possessor sciuisset eo tempore quo contraxit, fuisse rem obligatam, nemo dubitat, quin exceptionis beneficio indignus videretur. Pertinet autem huius exceptionis æquitas non modò ad priuatam, sed etiam ad publicam vtilitatem: quia litium materiam minuit, cùm si possessor primo loco conueniretur à creditore, necesse el... dari ei regressum aduersus debitorem, atque ita fieret duplex lis, vtraque periculo & damno debitoris in quem solum cuditur faba. Quidni ergo debitor rectà erit conueniendus vt vnica lite cùm debitor soluendo est tota res expediatur? Ego si qua cautio adhiberi per creditorem posset ne ordinis exceptione repelleretur, faterer libentissimè exceptionem hanc esse fauorabilem, ob eam potissimùm rationem, quòd minuendis litibus prodesset. Imputandum enim creditori dicerem cur eam cautionem quæ adhi-

beri

beri potuerat, non adhibuiſſet, vt euenit in ea ordinis exceptione quæ competit fideiuſſori præſente debitore. *Auth. præſente. Cod. de fideiuſſ.* Nam cùm ei poſſit renunciari, vt proximo capite diximus, imputet ſibi creditor qui eam renunciationem non extorſit. Sed cùm in ea ſim ſententia, vt neque per clauſulam conſtituti, neque alia vlla arte & ſubtilitate fieri poſſe putem vti ne tertius bonæ fidei poſſeſſor exceptione iſta adiuuandus ſit, non poſſum intelligere cur non videri debeat odioſa, quæ detur contra debitorem agentem ex pignoris conuentione expreſſa, tam bene diligentérque concepta, vt in creditoris poteſtate non fuerit meliùs ſibi proſpicere arg. *l. 3. D. de ſeparat.* Nam ſi dicas, non fieri per hanc exceptionem, vt creditor moretur in damno, ſed tantùm vti ne rectà poſſit experiri contra poſſeſſorem. Reſpondebo, quod vſus ipſe veriſſimum eſſe docet, non eo minùs intereſſe creditoris, vt liberum habeat contra poſſeſſorem ipſum æquè ac contra debitorem agendi arbitrium: quando plerumque incertum nec ſatis exploratum eſt, aut facile exploratu, an debitor ſoluendo ſit nécne: in eámque rem plurimis interdum ſumptibus neceſſariò prorogandus creditor oneratur, quorum etſi repetitionem poſteà habet non modò contra debitorem ſi ſoluendo ſit, ſed etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem, ſi debitor non ſoluendo reperiatur. Sciunt tamen qui in foro verſantur, quantum interſit inter prorogatas litis impenſas, & eas quæ poſt victoriam taxantur: quantáſque moras ea repetitio ſecum trahere ſoleat: quemadmodum & excuſſio cùm fit ſiue perſonæ ſiue bonorum debitoris. Proinde negari non poteſt quin maximè interſit creditoris vt huiuſmodi ordinis exceptione, ſi fieri poſſit, non repellatur. Inde quæritur aliquando, An iurium quoque & actionum debitori competentium ſi fortè alia bona nulla ſint, excuſſionem facere compellatur. Nec deſunt ex ſubtilioribus pragmaticis, qui putent, non eſſe compellendum. Moti ex eo tantùm quòd cùm iura & actiones nec videantur nec poſſideantur, vix fieri poſſit vt eorum perſecutio non ſit dubia, perplexa & obſcura: quo caſu nemo dixerit vſque adeò iniuriosè agendum eſſe cum creditore vt pro pecunia litem vnam pluréſve inſtituere cogatur, nec aliter ſuum conſequi poſſit quàm ſi & litibus & ſumptibus & ſeipſum & alios diuexet. Verùm videtur mihi ratio hæc ſatis frigida & ieiuna. Quamquam enim fateor quod illi contendunt, iniquum eſſe vt creditor pro ſuo conſequendo contra alium quàm cõtra debitorem agere cogatur ſi non niſi cum aliquo incommodo id facere poſſit. Quid tamen ſi nullum in ea re incommodum, nulla impenſa verſabitur? Finge indubitatas eſſe actiones fortaſſis aduerſus debitorem iam condemnatum aut confeſſum qui pro condemnato habendus ſit, ſiue in iure confeſſus fuerit, ſiue in inſtrumento publico, authentico, & vt loquuntur, garentigiato. Quòd ſi minùs certa & explorata ſit actio, nolítque creditor agere cõtra debitoris debitores: quid prohibet ſic rem expediri, vt debitori ipſi certum tempus pro cauſarum & perſonarum qualitate à iudice præſtituatur intra quod agere debeat, & debitorem ſuum aut confeſſum facere, aut condemnatum? Se & ſi debitor ipſe agere recuſet, vel cunctetur, & creditor paratioré vrgeat ſolutionem, poteſt, meo iudicio, facillimè nullóque incommodo ita ei conſuli, ſi iura illa quæ debitori aduerſus alios competunt, publicè exponantur, & vendantur. Vocatis quoque in eam rẽ tertiis poſſeſſoribus mox per hypothecariã inquietandis,

ne obiicere quandoque possint colluſum fuiſſe inter crediiorem & emptorem, pluriſque vęnire rem potuiſſe, ſi ipſis denunciata venditio fuiſſet. Sic enim eueniet vt non maiore aut ſumptu aut incommodo actionis & nominis quàm fundi venditio fiat, & ex precio quod redigetur vel in totum vel pro parte creditori ſoluatur. Quòd enim actio perplexta ſit & dubii euentus, non ſolet impedire venditionem, ſed tantùm facere vt viliore precio diſtrahatur. Cæterùm qualiſcumque eſt, ea vendi rectè poteſt, ſicut & alea & iactus retis rectè venditur, & emitur *l. ſi iactus retis. D de action. empt. totóque titulo D. & C. hered. vel action. vendit.* Quid ergo ſi emptor nullus reperietur, calliditate fortaſſis eorum contra quos competunt actiones? Tum verò excuſſio pro facta habebitur. Nam ſi verum eſt, vt eſt, tanti rem eſſe quanti vendi poteſt, conſequens eſt nullius momenti eſſe rem quæ nullum inuenit emptorem. Niſi fortè quis velit ad id creditorem adigere, vt debitoris ſui nomina emat, vel accipiat in ſolutum: quomodo ſi ageret de diſtrahendis bonis proprij debitoris *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Sed id eſſet periniquum, quia creditor aliud pro alio accipere non cogitur, cùm aliter ei ſatisfieri poteſt. Quòd ſi actiones excutiendæ, ſint litigioſæ, dubitari minùs poteſt, quin earum excuſſio fieri nulla debeat, quippe quarum venditio, ſicut & alterius cuiuſlibet rei litigioſæ iure prohibeatur. Illud enim duntaxat relinquitur ſi excuſſio facienda eſt, vt litem inſtitutam ſuſpicere creditor teneatur. Quod ſanè alienum eſſet ab ea æquitate, quæ hanc ordinis exceptionem induxit. Nam cùm non odio creditoris inducta ſit, ſed fauore poſſeſſionis quatenus eo proſpici ſine creditoris incommodo poteſt, ne fiant de lite lites, nemo non videt creditorem qui ſine litigio ſuum conſequi nequeat, non eſſe in eas coniiciendum anguſtias, vt contra debitoris ſui debitorem potiùs litigare cogatur, quàm contra pignorum ſuorum poſſeſſorem. Planè remedii loco non malè forſitan quis dixerit, non has aut illas debitoris actiones quæ litigioſæ ſunt, ſed vniuerſa ipſius debitoris bona vendi debere. Nam cùm *bonorum* nomen denotet quid vniuerſale, licèt in bonis nihil ſit præter litigioſas illas actiones, venditio tamen valebit tanquam rei non litigioſæ, quoniam vniuerſalis venditionis priuilegiũ illud eſt vt multa cum vniuerſitate tranſeant, quæ *alioqui* non tranſirent. Vt putà fundus dotalis, res litigioſa, ius patronatus, & alia quę ſunt ſimilia *l. quadam 62. D. de acq. rer. dom.*

ERROR VIII

De excuſſione debitoris vſque ad peram & ſaculum, vt aiunt, facienda.

VIGALVM eſt pragmaticorum brocardicum, excuſſionem debitoris ad peram vſque & ſacculum fieri debere antequàm aduerſus fideiuſſorem aut tertiũ poſſeſſorẽ pignorũ agi poſſit. Ex quo inferre ſolent, nõ priùs videri benè excuſſũ debitorem, quàm adactus ſit ad bonorũ ceſſionẽ faciendam, licèt alioqui appareat eum ſoluendo non eſſe. Quæ ſententia dici non poteſt quàm creditoribus incommoda ſit & damnoſa: Cùm vix contingat vt debitor quantumuis inops confugiat ad beneficiciũ legis Iuliæ De ceſſione bonorũ, quin priùs coniectus ſit in carceres, nullámque aliam ſui liberandi rationem videat ſupereſſe. Atqui mens Iuſtiniani cùm ordinis

excep-

exceptionem induxit quæ fideiuſſoribus iuſtiſq; pignorum poſſeſſoribus accommodaretur,non illa fuit aut eſſe potuit vt creditoribus ſuũ perſequentibus lõgior mora fieret, ſed tantũ vt quoad eius ſine eorum incommodo fieri poſſet,à proprio debitore potiùs, quàm à fideiuſſore, aut à tertio poſſeſſore ſolutionẽ conſequerentur.Proinde ſi appareat debitorẽ ſoluẽdo non eſſe, nihil cauſſæ eſt,cur contra fideiuſſorẽ aut poſſeſſorẽ agere creditor prohibeatur.Planè quandiu id nõ apparet,non eſt admittẽdum vt excuſſio quæ re vera facta non fuit pro facta habeatur:ſatiſq; eſſe debet creditori ſi ex bonis ſui debitoris cõmodè ſuũ conſequi poſſit. Itaque nihil ei proderit, ſi pragmaticis credimus,quòd debitorem ſoluendo eſſe neget, ſi ex contrario is qui non factæ excuſſionis exceptionem obijcit,affirmet eſſe eum ſoluendo. Præſumptio.n.eſt ſoluendo eſſe,maximè contra creditorẽ qui cũ eo contraxit. Siquidẽ fere eſt vt nemo cũ illo contrahere velit quẽ egenũ eſſe putet.Quamquam autẽ facilè ex poſtfacto poteſt paupertas ſuperuenire,allegantis tamẽ eſt probare non negantis. Eóq; ſanè iure vtimur vt vrgendus non ſit fideiuſſor aut poſſeſſor ante factã excuſſionẽ,vt indicet bona quæ excuti velit:Sed priùs & ante omnia probare creditor debeat quantũ per rerũ naturam fieri poteſt vt negatio probetur, id eſt per relationẽ apparitoris qui debitoris vicinos & familiares interrogauerit,nulla eſſe bona debitoris ſaltẽ quæ ſine controuerſia poſſideri queant.Quo facto tum demum ſpectat ad fideiuſſorem aut pignorũ poſſeſſorẽ,vt ſi qua bona eſſe putet quæ excuti debeant,ea indicet, quòd ſi eiuſmodi indicatio per fideiuſſorẽ aut poſſeſſorẽ facta ſit ante exploratas per creditorẽ facultates debitoris,nihil aliud à creditore exigemus niſi vt ea bona excutiat quæ indicata fuerunt. Credibile namque eſt fideiuſſorẽ aut poſſeſſorẽ,qui in indicando tam diligens fuerit,ea omnia indicaſſe quæ excuti debeant: Igitur facta eorum excuſſione liberum erit creditori ius ſuũ exequi ſiue aduerſus fideiuſſorẽ,ſiue aduerſus pignorum poſſeſſorem. Nulla.n.hac parte inter eos differentia eſt.Prudentiùs tamen faciet iudex ſi creditore negante debitorẽ ſoluendo eſſe, fideiuſſore autem vel poſſeſſore idipſum affirmante,interloquatur & iubeat vt de facti veritate conueniant,ſub cõminatione pœnę certæ in eum conſtituendæ quem ex poſtfacto apparebit falſò & per calumniam quid affirmaſſe vel negaſſe.Sic.n.fiet vt nõ tã facilè ac temerè aut hic aut ille ꝓfiliat ad affirmãdũ vel negandũ.Affirmatione autẽ hinc, & negatione illinc ſecutã,non aliæ iudicis partes eſſe poſſunt,quàm vt exigat ꝓbationes,quas tamẽ ſi quid mei iudicij eſſet, à ſolo reo exigẽdas putarẽ,nõ ertiã à creditore, cùm huiuſmodi negationis,quæ nec loco nec tẽpore coarctata eſt,omnino per rerũ naturã impoſſibilis ſit probatio, reũſque in exceptione actor exiſtat,& conſequenter probatione onerari debeat, in eo præſertim quod fundamentum eſt ſuæ exceptionis:Maximè cùm ſi per calumniam quid negauiſſe creditor probabitur, condemnationem ex ea cauſſa ſubinde paſſurus ſit.Etſi enim verum eſt quod pro pragmaticis ſuprà obiecimus,eum qui mutatam eſſe dicit condicionem debitoris, id eſt, ex idoneo factum inopem, probare id debere : ſicut & eum qui voluntatis aut alterius cuiuslibet rei mutationem allegat. In propoſito tamen probatio ſatis hoc ipſo facta videtur quòd pignora quæ debitor contractus tempore poſſidebat, & quorum fidem creditor ſecutus erat,nunc alienata reperiuntur.

ERROR NONVS.

De excussione pignorum postremo loco alienatorum.

CVM debitor pignora omnia alienauit, nec soluendo reperitur eo tempore quo creditor agit hypothecariâ, dubitari adhuc solet an liberum sit creditori cõuenire vtrum velit ex possessoribus, an cogendus sit aduersus eum priore loco agere qui poste riot comparauit. Quæstio in eo est, An sicuti exceptio non excussi debitoris cõpetit possessori si ante debitoré conueniatur, ita priori emptori cõpetat exceptio non excussi posterioris, si prior conueniatur. Nam de excutiendo ipso deditore quem ponimus non esse soluendo, tractari vtiq; nõ potest. Probabilius autem pleriq; putant, hoc etiam casu exceptioni locũ esse debere, vrgente nimirum, vt existimant eadem æquitatis ratione, ne fiant de lite lites si prior emptor cui bona omnia venditoris obligata fuerũt, priote loco inquietetur, cùm pro sua indemnitate habiturus sit regressum aduersus posteriorem, cuius tandem periculo & damno totam rem cedere oporteat, quia cum debitore iam lapso facultatibus, & inope contraxit. Cuius sententiæ author apud nos laudatur Ægidius Magister magni inter pragmaticos Gallicos nominis, & in suprema Parisiẽsium Curia præses primarius, qui & ab amplissimo illo ordine sic iudicatũ refert ex *l. si quis habens* 25. *D. qui & à quib. manum.* vbi scriptum est, si quis habens creditores, manumiserit plures seruos, non omniũ libertatem impediri, sed eos qui primi sunt liberos esse, donec creditoribus suum soluatur. Sed pace tanti viri dixerim, *non sunt* hæc similia. Nã pluribus seruis manumissis ab eo qui non fuit soluendo, id vnũ impedit libertaté quod lex Ælia Sentia nõ patiatur dari libertates in fraudé creditorũ qui ea ratione fraudarétur cùm libertates minuãt patrimoniũ, ex quo creditoribus satisfieri oportet. Pertinet.n. ille locus sicut & tota lex Ælia Sentia ad seruos manumissos qui pignoris vinculo nullo tenebantur, alioqui libertatem illud impediet quòd seruo obligato non magis quàm alieno directa libertas dari possit propter vinculum pignoris quòd per dationé libertatis inuito creditore contra iuris rationé dissolueretur, *l. generaliter* 24. *§. si quis seruo D. de fideic. libert.* Cùm autẽ lex Ælia Sentia non omnibus obstet libertatibus quæ dantur à debitore qui soluendo non est, sed ij tantùm per quas fraudarentur creditores, consequens est per eam fieri vt si pluribus manumissis vnius tantũ libertate fraudétur, non vtriusq;, sed alterutrius duntaxat impediatur libertas, & quidem plerunque illius qui posteriore loco liber scriptus est, vt Iulianus dicebat, quòd in dubio & cæteris paribus nihil sit quod meliùs dici possit quàm ordinem scripturæ sequendum esse *d. l. generaliter. §. quid ergo* 17. Dixi *cæteris paribus*, quia si maioris precij sit is qui ante nominatus est, nec sufficiat posteriorem retrahi in seruitutem, prior sufficiat, dicendũ est sequenti loco scriptum solum ad libertatem peruenturum *dict. l. si quis habens*: vt cùm vtraque libertas seruari non possit, alterutra tamẽ seruetur. At nos tractam⁹ de bonis à debitore primũ obligatis, deíde alio atq; alio tẽpore venditis, quorum in eo dispar ratio est quòd cũ omnia simul obligata sint, par & æquale in omnibus est ius creditoris, cuius nec interest an postea hũic aut illi, priore aut posteriore loco sint vendita hæc aut illa, quia nec

fuit

fuit in poteſtatedebitoris aut emptorum creditoris conditionem facere deteriorem. Nec quod Iuſtinianus induxit exceptionẽ non excuſſi debitoris,facere debet, vt perinde inducenda ſit exceptio non excuſſi poſterioris emptoris.Eſt enim cõſtitutio illa iuris veteris correctoria,proinde ſuis finibus coangustãda,nec facilè ampliada,præſertim cùm lõgè alia ratio ſit poſterioris emptoris & debitoris.Creditor enim,quia cum debitore cõtraxit,nõ facilè recuſare poteſt,quominùs,cõtra ipſum agat,ſi agẽdo ſuum cõſequi æquè cõmodè poſſit.Atqui cum poſteriore emptore nõ magis cõtraxit quàm cũ priore,fieriq; poteſt vt æquè difficilis futura ſit pignoris perſecutio aduerſus poſteriorẽ emptorẽ atque cõtra priorẽ:cur ergo cogamus creditorẽ vt cõtra poſteriorẽ creditorem priùs agat:Dices,ne fiant de lite lites.Reſpõdebo æquitatis rationem hanc eſſe nõ iuris: neque tamen huiuſmodi æquitatẽ ſufficere ad ius nouũ inducendum citra conſtitutionẽ: Alioqui dicẽdum eſſet iniquum fuiſſe ius vetus,quod tales ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa pignoris cõuentione ſibi diligẽter proſpexiſſet,nullas admittebat:Neque verò huius ſiue rationis ſiue æquitatis veſtigium vllum peti poteſt *ex d.l.ſi quis habẽs*,in cuius ſpecie manifeſtum eſt ei qui priore loco liber ſcriptus eſt, nullam competere poſſe actionem aduerſus eum qui poſterior nominatus fuit, tametſi ius ita eſſet vt primi libertas impediretur, quia quod impediretur nõ fieret per libertatem ſecundo loco datam,ſed per legem Æliam Setiam,quæ hac in re creditoribus vtiliſſimè proſpexit, nec rurſus pro eunctione libertatis actio vlla cõpetere poteſt ei qui ſeruus manet. Sicut nec priori emptori contra quem creditor hypothecariam exercuit, actio vlla cõpetre poteſt aduerſus ſecundum emptorẽ, ob id ſolùm quòd hic prior, ille poſterior emerit, res eidẽ creditori æquo iure obligatas,ſed quia id quod poſteriore loco venditũ fuit,priori emptori pro indẽnitate obligatũ reperitur. Nã ſi fingeres vẽditoris eiuſdẽmq; debitoris bona priori emptori obligata nõ fuiſſe, nemo vtique daret ei quaſi Saruianã cõtra emptorẽ poſteriorẽ,ſed ſolam ex empto perſonalẽ cõtra ſuũ venditorẽ. Ita fieri neceſſe eſt,ſi pragmaticorũ ſentẽtia obtineat, vt creditori aduerſus anteriorem emptorem agere volenti priùs explorãdum ſit,an emptor ille obligata habeat vẽditoris ſui bona omnia necne,vt ſcire poſſit an ordinis exceptio ſibi obſtatura ſit,an nõ.Quod tamẽ quam ridiculum ſit nemo nõ videt.Quid enim creditoris intereſt an bona poſteriore loco vendita,priori emptori fuerint obligata:Sed quid rationibus contendimus ? Apertè pro nobis contra pragmaticos vrget Paulus in *l. Moſchis* 47. *de iur.fiſci*, vbi cùm Moſchis fiſci debitrix ex conductione vectigalis proponeretur heredes habuiſſe à quibus Faria Senilla & alij prædia emerant, & conuenirentur emptores propter Moſchidis reliqua, dicerẽtque heredes Moſchidis idoneos eſſe,& multos alios ex eiſdem bonis emiſſe,refert Paulus pronunciatum fuiſſe ab emptore æquum eſſe priùs heredes conueniri debere in reliquum poſſeſſorem omnem. Quorum verborum is proculdubio ſenſus eſt,nõ vt poſſeſſores omnes ſimul & pro rata conueniri oporteat, quomodo nõnullos interpretari video,ſed vt quilibet ex poſſeſſoribus pro arbitrio & electione creditoris cõueniri poſſit poſt excuſſos heredes. Itaq; quod ad heredes excutiẽdos attinet admittitur exceptio nõ factę excuſſionis,quod ad poſſeſſores verò,nõ admittitur.Et rectè. Nõ enim ſicut facilè ſcitur quis debitor ſit aut heres debitoris, ita facilè ſciri poteſt quis ex poſſeſſoribus poſtremus omnium comparauerit:ex quo illud etiam fit vt dici nõ poſſit æquè cõmodè

creditorem agere posse contra posteriorem emptorem atque contra priorem: cùm multò facilius ei fuerit explorare quis possessor sit, quàm quo ordine. Cur non ergo idem in cæteris creditoribus obtinebit quod in fisco admissum est, vt arbitrium habeant eligendi & conueniendi cuiuslibet possessoris? Neque enim priuilegium fisci vllum in eo est, cùm heredes debitricis suæ excutere cogatur priusquá possessores vrgere & inquietare ei liceat. Quin potiùs non abs re quis existimate possit, deteriorem fisci hac parte, quàm cæterorum creditorum causſam esse, quando nullo alio Pandectarum loco reperias creditorem hypothecarium repelli exceptione non excussi debitoris. Verissimũ enim est quod iá diximus, ius hoc nouũ esse & à Iustiniano inductũ contra iuris veteris rationem: quæ creditori electionem dabat, an contra debitorem eiusve heredes personalé actionem, an potiùs contra possessores hypothecariá exercere vellet. *l. distractis* 14. *l. persecutione* 24. *C. de pignor.* Scio excutiendum esse debitorem priusquàm conueniatur possessores cùm creditor agit reuocatoria *l.* 1. *C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* Sed alia reuocatorię, alia hypothecariæ actionis ratio est. Hypothecaria datur contra eum qui res obligatas possidet, ac proinde ei qui ex iure proprio, sibique per cõuentionem quæsito agit. Reuocatoria verò contra eũ qui tenet bona debitoris nullo vinculo pignoris obligata, sed tamen in creditorũ fraudem alienata. Itaque datur creditori non quasi ei acquisita proprio iure & ex aliqua conuentione, sed ex mera indulgentia prætoris, qui cessante iuris ciuilis auxilio vtilé in factum actionẽ in eá rem introduxit: Fauore scilicet creditorum, qui alioqui fraudarẽtur. Atqui per solá alienationẽ nõ fraudãtur creditores, sed ita demum si per alienationem factum fit vt minùs supersit in bonis debitoris quàm sufficere possit ad dimittẽdos creditores: quod ipsum nõ áliter sciri potest quàm si excussus sit debitor, & quidem ad perá vsque & sacculum, adeò vt nec priùs benè excussus videri debeat, meo iudicio, quàm adactus sit ad bonorum cessionẽ faciendam, vt in hoc saltẽ melior condicio sit eius qui emit res non obligatas quàm eius qui obligatas: item quòd in edicto prætoris fraus nõ tantùm consilio, sed etiam re & effectu accipiatur, fraus verò in effectu nulla esse possit, nisi in eo, quod à debitore nullo prorsus modo seruari poterit. Itaque mirum non est fieri hoc casu excussionem debitoris ex optima, imò necessaria iuris ratione. At cùm bona quæ à tertio possidentur sunt creditori obligata, non est prohibendus creditor, quominùs iure suo vtatur, & pignoris conuẽtionem exequatur, prohiberetur autem si non nisi excusso debitore possessores inquietare posset: Pignoris enim vtilitas præcipua in eo versatur, vt etiam posteaquàm alienatum fuerit à debitore, saluá habeat creditor eius persecutionem. Cogit me tamẽ Paulus in *d. l. Moschis*, itémque quod in eandem sententiam scriptum est in *l.* 1. *C. de conuen. fisc. debit. lib.* 10. vt distinguendam hîc putem hypothecam tacitam ab expressa: vt, quod nos contendimus excussionem debitoris heredúmve ipsius faciendá nõ esse, ad eũ casũ pertineat quo hypotheca sit expressa, nõ ad illũ etiá quo tacita duntaxat. Pignus enim quod habet fiscus in bonis sui debitoris citra vllam pignoris conuentionem, nõ nisi tacitũ esse potest *l. auffertur* 46. *§. fiscus D. de iur. fisc. l.* 2. *C. in quib. causſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Dissimilitudinis autem huius quam inter tacitá & expressam hypothecá cõstituimus eadẽ ferè ratio est quæ illius quá proximè diximus esse inter hypothecariam & reuocatoriam actionem. Nẽpe quòd pignus tacitum non ex contrahentium pactione & couentione, sed ex sola legis

legis potestate inducatur, legis inquam id agentis vt quibusdam creditoribus faueat propter personarum aut negotiorum fauorabiliorem condicionem ne periclitentur omissa fortasse per imperitiam aut per incuriam speciali pignoris conuentione. Porrò hactenus ei succerrendum fuit ne damnum sentirent, non etiá vt eodé in omnibus iure vterentur, quo si per expressam pignoris conuentionẽ sibi cauissent. Solet.n.plenior esse hominis prouisio quàm legis. Qui autem hypothecam tacitam ex priuilegio habent, vt fiscus, mulier & aliæ eiusmodi personæ, periclitari non possunt quandiu debitor ipse idoneus est & soluendo. Non ergo ijs permittendũ fuit vt tacitæ hypothecæ priuilegio abuti possent in necẽ possessorũ, quandiu à debitore aut debitoris heredibus consequi suũ possent, quasi nec priùs constituta per legem hypotheca vlla tacita, quia nec necesse fuit, vt constitueretur: Licèt ex postfacto si appareat eo tẽpore quo agitur necessariũ fuisse priuilegiũ tacitæ hypothecæ ne in damno creditor moretur, potestas legis retrotrahat constitutionẽ taciti pignoris ad id tẽpus quo contractũ est vt inter creditores nõ nisi tacitũ pignus habẽtes idẽ tẽporis ordo seruetur, q seruaretur si expressum pignus haberẽt *l. si qui mihi 28. D. de iur. fisc* de cuius sententia scripsimus *lib. 2. Coroll. iur. cuil. ca.* 10. Ex quo loco apparet fiscũ in iure illo tacitæ hypothecæ nõ esse deterioris condicionis quàm cæteros qui tacitá duntaxat hypothecam habent, cuius & in alijs pleriſque iuris partibus causſa fauorabilior esse solet. Quod cùm ita sit, quidni ad alios creditores taciti tantũ pignoris iure hypothecariá exercentes, idẽ obtinebit, quod in fisco constitutũ est, ve nõ nisi excusſo debitore eiúsve heredibus cõtra possessores agere possint? Alioqui esset fiscus deterioris condicionis: quod non est admittendum. Ergo erit durior causſa creditoris tacitá duntaxat hypothecá ex priuilegio habentis, quàm si expressam haberet in eo qu d etiá iure Pandectarũ inspecto excussionem debitoris facere cogitur, quam non facit is qui expressam habet, cessante Iustiniani constitutione: Melior tamen quàm si hypothecam nullá haberet, non in eo solùm quod habet ius persequendæ hypothecæ contrá quemlibet possessorem excusſo demum debitore, licèt fraudis consilium in alienando nullum interuenerit, sed in illo etiam quod posterioribus creditoribus quantumuis expressam hypothecá habentibus præferendus est perinde acſi expressam haberet *d. l. si qui mihi*. Item in eo quod cogendus non est debitorẽ excutere ad peram vsq; & faeculũ, id est, eum adigere ad implorandũ auxiliũ cessionis, quomodo cogeretur si nullam hypothecam haberet, nec actionem aliá quàm reuocatoriam, quia legis tacitá hypothecá inducentis mens illa est vt eo casu quo hypothecæ locus erit, non minùs ex ea commodi creditor sentiat quàm si per expressam pignoris conuentionẽ sibi prospexisset: diximus autẽ expresſo pignore constituto non vsqiadeò iniurioſe agendũ esse cũ creditore vt nõ priùs tertios possessores inquietare possit, quàm à debitore cessionẽ bonorũ extorserit, quia nec facilis nec cõmoda sit ea ratio debiti cõsequendi: nec promde illi inungenda, qui acceptis idoneis pignorib. diligenter sibi cauerat, ne in eas ipsas vrgendi & eligendi debitoris angustias conijceretur. Nec est quod quis dicat, frustra nos propositá quæstionem reuocare ad ius Pandectarũ quod Iustiniani constitutione abrogatum est. Nam quod pertinet ad excutiendos emptores posteriores, nihil Iustiniani cõstitutio ea de re cauit. Proinde ius vetus saluũ manet. Id. n. tantũ Iustinianus constituit vt ante omnia excussio fieri debeat ipsius debitoris heredũm ve eius

itémq; fideiussorũ, & aliorũ si qui sint intercessorum: quo facto permittit vt aduersus pignorũ possessores agatur sine vlla ordinis aut tẽporum distinctione. Quod omniũ minimè prætermisisset si vltro prætermittere voluisset. Sed & eo casu quo excussionẽ fieri Iustininanus iubet, non id proculdubio agit vt iustum creditorem damno vel incommodo aliquo adficiat, sed tantùm vt bonæ fidei possessori consulat quantum sine creditoris incõmodo & vexatione id fieri potest. Ne quis tamen dubitationi locus relinquatur, suaserim vt creditor hypothecariam instituturus contra possessores post excussum debitorem, possessores omnes in ius vocari curet, postmodum inter se disputaturos, apud eundem iudicem, cuius ex ipsis bona priùs vendi oporteat, quisve prior aut posterior acquisiuerit. Ita enim fieri non poterit vt male egisse videatur, aut vt excussionis non factæ exceptione repellatur: quandoquidẽ certum est ex huius vel illius pignoris venditione omnimodo ei satisfieri oportere. Nam & pragmatici ipsi qui contendunt excussionem posteriorum emptorum fieri debere, fatentur tamen non aliter id locum habere quàm si bona posteriore loco alienata possideri sine controuersia & vendi possint: non etiam si possessor intercedat, & agenti creditori controuersiam faciat. Est. n. generale vt bonorũ quæ sine controuersia possideri nequeunt, excussio fieri non debeat: sicut & pro excusso habetur debitor qui facilè conueniri nõ potest, tametsi sit soluendo. Idoneus siquidem æstimatur quis, non tantùm ex facultatibus, sed potissimum ex conueniendi facilitate. Nec sanè æquum esset creditorem cogi litem instituere aduersus posteriorem emptorem, cùm ob hoc ipsum excussionis non factæ exceptio ei obijciatur, ne litium multiplicandarum occasio & materies augeatur. Apparet autem ex superioribus nec distinctionem illam placere posse quam plerique probant, an tractemus *de* hypothecaria per creditorem instituta contra emptorem, an de regressa emptoris contra alium ex posterioribus emptoribus, quasi hoc casu facilius quàm illo concedenda sit possessori exceptio non factæ excussionis. Neutro enim casu aut ratio iuris aut Iustiniani constitutio exceptioni huic locum relinquit.

ERROR DECIMVS.

Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur.

ET si nomen debitoris stricto iure pignori dari non potest, vtilitatis tamen caussa receptũ est inductúmq; à prætoribus vt eius oppignoratio defendatur, vtrunque propter eas rationes quas nos fusiùs tractauimus *lib. 8. Coniect. ca. 15. & 16.* Quare & si generaliter bona debitoris obligata sint, dummodò non fuerit adiectũ *mobilia & immobilia*, nemo dubitat quin iura & actiones quæ tertiã bonorũ speciem constituũt, & consequenter nomina debitorum contineantur: Proinde aduersus debitoris debitorẽ tanquam in alias quaslibet res obligatas hypothecariam exercere creditor potest, non vt personali actione experiatur, quę nõ nisi vero creditori, aut ei cui caussa vel mãdata fuerit, dãda est, sed vt nominis distractionem petere possit, aut debitorem proprium adigere ad faciendam nominis cessionẽ. In quo primùm errare pragmatici vulgo solent. Existimant. n. plerique oppignorati nominis vtilitatẽ, in eo versati vt cre-

vt creditoris creditor paratũ habeat exercitium perſonalis actionis ſaltem vtilis aduerſus debitoris ſui debitorem, nulla etiam ceſſione facta: quod tamen non minùs abhorret à recta iuris ratione, quàm ſi quis diceret fundum obligatũ hoc ipſo quod obligatus eſt acquiri creditori pleno iure, fierique proprium ipſius. Certum enim eſt ex cauſſa pignoris non transferri dominiũ in creditorem, ſed tantùm diſtrahendi domini facultatem. Prius verò eſt vt actionẽ quis habeat ſiue proprio iure, ſiue ex ceſſione quàm vt eam exercere poſſit. Sed & alius nonnullorum pragmaticorum error in eo eſt, quod vulgo putant debitoris debitorem ſi recta per hypothecariam conueniatur perinde iuuãdum exceptione non factæ excuſsionis, atque alium quemlibet tertium poſſeſſorem, quoniam & hic tertius eſt. Etſi enim verum eſt eſſe illum tertium cùm non ſit debitor agentis creditoris, vt proximè dicebamus, non poteſt tamẽ videri poſſeſſor, cùm iura quæ ſunt incorporalia minimè poſsideãtur. Atqui exceptio non factæ excuſsionis aduerſus hypothecariã, ſolis poſſeſſoribus competit, nec niſi fauore poſſeſsionis tuendæ, & metu litium multiplicandarũ, propterea quòd poſſeſſori conuento & condẽnato dandus eſſet regreſſus contra debitorem, litémque nouã eo nomine inſtitui oporteret. Ergo fieri non poteſt vt competat debitori debitoris qui non ſolùm poſſeſſor non eſt, ſed nec regreſſum vllũ habere poteſt aduerſus propriũ creditorẽ ob cuius debitum conuenitur, tametſi ſoluerit creditoris creditori, quandoquidẽ ea ſolutione perinde liberatur, acſi proprio creditori ſoluiſſet, ſiue ceſſio actionis aliqua facta ſit ſiue nulla, niſi quòd facta ceſsione liberatur ipſo iure, quia proprio creditori ſoluiſſe intelligitur, aut ſaltem ex eius voluntate: ſi autem ceſsio nulla facta ſit, liberatur ope exceptionis quam prætor in eã rem accõmodat *l. ſi conuenerit* 18. *D. de pig. act.* Cæterùm in effectu nihil refert an ipſo iure cõpetat liberatio an auxilio exceptionis: nec quicquã abeſſe videtur ei qui ſoluit quod debuit ſi ea ſolutione liberationẽ quoquomodo cõſecutus ſit, licèt alij ſoluerint quàm cui debuit: In eóq; apertiſsimè differt debitor debitoris à tertio poſſeſſore, qui vtiq; ſi alieno creditori ſoluat, vt poſſeſſionẽ ſuam retineat, tanto pauperior factus eſſe creditur quia incipit rem habere ex noua cauſſa & ob litis æſtimationẽ à ſe ſolutã, quę quaſi noua emptio eſt: Ideóque nimirũ, neceſſe eſt regreſſum ei dari contra debitorẽ à quo iam emerat, alitérve ſibi acquiſiuerat ne in damno moretur. Vnde illud etiam fit, vt ſi nullã indemnitatis actionem poſſeſſor habeat, fortè quia nudus poſſeſſor ſit nullũ habens titulũ, iuuandus non ſit huiuſmodi exceptione, quaſi ceſſante ratione quæ dandæ exceptionis æquitatẽ introduxit. Obſeruanda tamen eſt differentia inter pignus nominis expreſſa conuentione cõſtitutum, & illud quod iudicis autoritate capitur in executione iudicati, aut quod hac parte idẽ eſt, inſtrumenti garentigiati quod pro cõdemnatione habetur. Nã hoc poſteriore caſu non aliter pignus rectè captũ & per ipſam capionẽ conſtitutũ intelligitur quàm ſi alia bona nulla ſint quæ capi poſsint: Proinde cõpetit debitori debitoris exceptio nõ factæ excuſsionis *l. 2. C. quãd. fiſc. vel priuat.* Nẽpe quia cùm nominis oppignoratio ipſo iure non teneat, ſed tuitione tantũ prætoria, fruſtra iudex ſe interponat ad conſtituendũ pignus in nomine debitoris, quandiu alia bona ſunt quorũ condicio & natura ea ſi vt pignoris obligationẽ poſsint admittere. Nam & cùm neceſſitas cogit vt nomen debitoris pignori capiatur. ſ. nullis aliis bonis exiſtentibus, attamẽ nõ tã pignoris iure capi dicitur, quàm pignoris loco, vt ait *d. l. 2.* hoc eſt in ſubſidiũ, nullo

ſe pignote offerente: vt obſeruauimus *lib. 8. Conſtit. cap.* 17. Vbi etiam monuimus quod ad rem noſtram valdè pertinet, nec à pragmaticis benè animaduerſum eſt, multùm intereſſe an nomè debitoris expreſſa conuentione obligatum ſit, an ſola legis poteſtate. Nam ſi tacitè & ſolius legis auxilio pignus conſtitutum proponatur, perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ excuſsionis ſi alia ſint bona, atque ſi magiſtratus autoriate in executione iudicati nomen pignoris loco captum eſſet *l. nõ prius 4. C. quand. fiſc. vel priuat.* Nõ ſolùm quod iam olim id obtinuerit quotieſcumque ex tacita hypotheca ageretur, quemadmodum à nobis ſuprà diſputatũ eſt *error. 9. ex l. Moſchis 47 ff. de iur. fiſc.* ſed etiam quòd neceſſe non ſit conſtitui à lege ius pignoris ſicut nec à magiſtratu in ea re quæ ſui natura vinculum obligationis ſuſpicere nequeat quandiu in aliis rebus, & commodiùs, & vt ita dicã, naturaliùs conſtitui poteſt. At cùm expreſſa ſiue generali ſiue ſpeciali conuentione pignus contractum eſt in nominibus debitorum, poſtquàm placuit eam conuentionẽ valere, nihil cauſſæ eſt cur non rectà conueniri poſſit debitor debitoris per hypothecariam, non quidem ita vt perſonali actione vrgeatur ad ſolutionem ſicuti à nobis proximè dictum eſt, ſed ita vt proprio creditori ſoluere prohibeatur, nomenque ſuum perinde ac fundum, aut quamlibet aliam rẽ pignori obligatam publicè & ſollẽniter diſtrahi patiatur: quæ actionis hypothecariæ formula & condicio eſt. Alioqui conſtat chirographarium creditorem non poſſe debitoris ſui debitorem conuenire *l. penult. C. de nouat.*

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS SEXTA.

ERROR PRIMVS.

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium, & quid ſi habeant etiam expreſſam.

NOn deſunt inter pragmaticos qui putent, creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium ordinem illũ eſſe debere, vt ſolis chirographariis abíſque nudis creditoribus præferantur, cęteris verò expreſſam habentibus hypothecã, licèt tempore poſterioribus poſtponantur. Horũ inſcitiam minùs admirarer, ſi non eſſent ex eorum numero, qui nõ modò politiores, ſed etiam eruditiores ſibi videntur. Nam, quid obſecro dici poteſt ineptius? Iuris ſiquidem regula eſt, inter creditores hypothecarios eum qui

qui prior eſt tẽpore eſſe etiã iure potiorẽ, *l.2.l.ſi fundũ 4.C.qui potior.in pignor. hab.l.potior.11.& paſſ.D.eod.* Neque lex aliqua eſt quæ diſtinguat hac parte hypothecã tacitã ab expreſſa, ſicut nec diſtiguẽdi ratio vlla eſt, cùm obligatio pignoris ex die cõtractus nata intelligatur ſi nihil ſit quod impediat ne tum naſcatur, vt quia fortaſſe aliquid adhuc ſuperſit faciẽdúquod poſtea factũ ſit, vt in *l.1.in fin.& d.l.potio.11.§.ſi colonus. eo.* Ex quo autem nata eſt, rem ipſam afficit quandiu pecunia ſoluta non eſt *l.grege 13.§.etiam D.de pignor.* Nec minor taciti vis eſt quàm expreſſi, niſi quod attinet ad ſeruos propter penſionem obligatos: qui ſi expreſſim obligati ſint, non poſſunt manumitti, ſin tacitè duntaxat, poſſint *l.licet 6.& l.eſt differentia 9.D.in quib. cauſ.pign.vel hypoth.tacit.contr.* Sed & interdum euenit vt qui tacitam duntaxat hypothecam habet licèt poſterior ſit tempore, habeat tamen priuilegium prælationis vt etiam anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur, quemadmodum cernere eſt in eo qui pecuniam credidit ob ædificij reſtitutionem, quem conſtat habere priuilegium non ſolùm tacitæ hypothecæ ſed etiam prælationis *l.1.eod.l.creditor 25.D.de reb.credit.l.interdum & ſeq.D.qui potior.in pignor.hab.* Item in pupillo ex cuius numis res comparata eſt *l.idémque 7.eod. l.3.in princip.D.de reb. eor.qui ſub tutel.* Sed apertiùs in muliere ex conſtitutione Iuſtiniani in *l.aſſiduis 12.C.qui potior. in pignor. hab.* ſecundùm eam interpretationem quam nos tradidimus & probauimus *lib.8.Coniect.cap.11.* Ita autem ius commune eſſe, vt qui non niſi tacitam hypothecam habet, præferatur poſteriori creditori habenti expreſſam, conſtat eleganter ex *l ſi qui mihi 28.D.de iur.fiſc.* quę licèt de fiſco loquatur, non tamen fiſci priuilegio aliquo nititur, ſed ratione illa quæ tota eſt iuris communis, quòd pignoris cauſſam fiſcus præuenerit. Sic namque Papinianus reſponſi ſui rationẽ concipit: *præuenit enim cauſſam pignoris fiſcus.* Nec alia dubitandi ratio erat apud Papinianum, quàm quòd in bonis futuris fiſco tacitè, priuato autem anteà & expreſsè obligatis priuatus præferẽdus eſſe aut ſaltem vterque in pignore concurrere videretur, ſicut dici ſolet cùm pluribus bona futura diuerſis temporibus ſunt obligata *d.l.idémque,§.1.D.qui potior.in pignor.habeant.* Sed alia hac in re & potentior cauſſa eſt taciti pignoris quam expreſsi, propter eam rationem quę à nobis ad illum Papiniani locũ allata eſt *lib.2.Coniect.cap.10.* Hęc autem quę diximus ita obtinent ſi tacitam hypothecam nihil impediat. Nam ſi is cui lex tacita hypothecæ priuilegium alioqui daret, ſibi cauerit per expreſſam ſiue in ipſo negotio ſiue expoſt facto, puto expreſſam facere vt priuilegio nullus locus eſſe poſſit. Id enim eſt quod dici ſolet Expreſſum facere ceſſare tacitũ: quia nec neceſſe eſt vt lex ei proſpiciat qui ipſe ſibi proſpexit, cùm tacitæ hypothecæ priuilegium non aliam ob cauſſàm ſit inductũ quàm vti ne periclitetur creditor qui ex iuſta aliquſa cauſſa priuilegio & auxilio dignus videatur. Quæ ſententia & ratio eſt *legis vltimæ C.de pact.conuent.tam ſup.dot.* vbi Iuſtinianus licèt alioqui mulieribus ſupra modum fauere ſolitus non aliter tamen iis dat priuilegium tacitæ hypothecæ pro bonis paraphernalibus, quàm ſi expreſſim nullam adhibuerint. Expreſſa namque pignoris conuentione intercedente eas ſolas mariti res obligatas eſſe vult quæ expreſſim pignori datæ ſunt, non item cęteras quæ alioquin tacitæ hypothecæ vinculo continerentur. Nec eſt quod cum *Iacobo Cuiacio* ſubtilem agas, qui in *Obſeruat.poſterioribus* negat hypothecam tacitam perimi per expreſſam, contẽdens in illa Iuſtiniani lege nõ tam extingui tacitã hypothecam, quàm non

naſci, cùm expreſſa interuenit, vt pote quam nec aliter inducere Iuſtinianus velit, quàm ſi de pignore nihil conuenerit. Nam reſpondeo ita Iuſtinianum conſtituiſſe, quia non aliud ex iuris ratione conſtituere potuit: quando ei eſt hypothecarum omnium legalium quas tacitas appellamus cõdicio & natura, vt cum expreſſa concurrere numquam poſsint, nec ſanè vllus iuris locus eſt qui repugnet, ſi ſolam dotis cauſſam excipias, de qua ſequenti capite dicemus. Quibus cõſequens eſt, vt ſi is qui ab initio tacitam hypothecam habuit, & eo iure poſteriores creditores, licèt expreſſam hypothecam habentes vincere potuit, poſteà expreſsim pignus acceperit poſtponendus ſit cæteris creditoribus hypothecariis qui medio tempore contraxerunt: quia cùm tacitam hypothecam nullam habeat, ſupereſt expreſſa ſola in qua poſterior eſt. Nec rectè comparabitur ei qui cùm pignus accepiſſet poſteà nouatione facta idem pignus accepit: quem Papinianus reſpondit in ſui ipſius locum ſuccedere, & priſtinum temporis ordinem retinere *l.3.l.creditor 12.§.Papinianus D. qui potior.in pignor.habeant*. Expreſſa namque hypotheca quæ facti eſt, fieri ne quit vt pro non expreſsa habeatur. Tacita autem ſicut ex lege & iure eſt, ita facilè per legem iuriſque rationem in eum ſtatum reduci poteſt, vt numquã competiſſe exiſtimetur, licèt aliquando re vera competierit: nimirum accedente expreſsa, quæ facit quandocumque ſuperueniens vt ceſſet ratio tacitæ inducendæ, & conſequenter vt inducta finiatur. Nam quemadmodum lex nihil ſingit fruſtra, ita nec fictionem quæ aliquando vtilis eſse potuit, retinet ex quo incipit fieri inutilis, id eſt ex quo peruenit ad eum caſum à quo non potuit incipere. Igitur debebit creditor ille de quo tractamus proteſtari cùm acquirit ſibi ius expreſsæ hypothecæ, velle ſe ſaluum ſibi manere ordinem, quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter hypothecarios creditores. Neque enim dubitandum eſt quin eiuſmodi proteſtatione ius anterioritatis retenturus ſit, cùm nulla ex eo iniuria fiat illis quibus medio tempore ius quæſitum eſt, quos æquè ſuperaturus erat etſi tacitam duntaxat hypothecam habuiſſet: quamuis neque proteſtando, neque paciſcẽdo tacitam ipſam hypothecam ſibi retinere poſſit, quam facto ſuo amiſit hoc ipſo quod beneficio legis contentus eſſe noluit, qui expreſſam ſibi comparauit, atque ita effecit, ne legis auxilio indigere ampliùs videri poſſit.

ERROR II.

De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote.

MVLIER quæ Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat niſi inter chirographarios creditores, quorum priuilegia nõ ex tempore æſtimari ſolent, ſed ex cauſſa, hodie ex Iuſtiniani conſtitutionibus duplex priuilegium habet, tacitæ ſcilicet hypothecæ, & prælationis *l.vnic.C.de res vxor.act.l.aſſiduis 12.C.qui potior.in pignor. hab.* & *Nouell. 97.de æqual.dot.* Prælationis, inquã, vt creditoribus cæteris omnibus etiam anterioribus præferatur, nõ ſolùm ſi tacitam hypothecam habeant, vt vulgò pragmatici poſt interpretes ſentiunt, ſed & ſi expreſſam. Hanc enim Iuſtiniani mentem & ſententiam eſſe probauimus *libro 8. Coniecturar. cap.11.& ſeq.* Iniquiſſimam ſanè ſi iuris rationem inſpicias. Etſi enim non eſt nouum

Digitized by Google

uum vt qui posterior contraxit præferatur anterioribus expressam quoque hypothecam habentibus. Id tamen vix est vt alio vllo casu contingat, quàm quo pecunia creditoris posterioris saluam fecerit aut præbuerit pignoris caussam, vt in iis speciebus quas Iurecon sulti tractant in lege *interdum 5. & duabus sequentibus. D. qui potior. in pignor. habeant.* At ex dote ni hil omnino commodi potest accedere creditoribus anterioribus, nisi ponas ex dotali pecunia comparatum fundum, qui per hypothecariam vindicetur ex futurorum bonorum obligatione. Hoc enim casu fatebor libentissimè mulierem in eo fundo cæteris omnibus præferri debere, & quidem non ex priuilegio, sed ex iure communi, *lege licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* Nimirum concurrente priuilegio tacitæ hypothecę quę facit vt necessaria non sit expressa, quæ alioqui necessaria esset. Extra hunc casum non nego quod interpretes affirmant nihil posse dici absurdius quàm vt mulier pro dote creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus anteponatur: Sed nego consecutionem, si quis ex eo cum interpretibus & pragmaticis inferre velit id ipsum à Iustiniano constitutum non fuisse. Quis enim nesciat quàm impensè & plus ęquo mulieribus fauere Iustinianus voluerit? Aut quis miretur Iustiniani constitutiones nouas & correctorias à iuris & æquitatis ratione dissentire? Denique hîc illud Vlpiani verbum obtinet, *Dura quidem lex, sed ita scripta est.* Aliud & tertium mulieris priuilegium est quod attinet ad hypothecam tacitam quam habet pro dote. Nam si mulier tacito pignore non contenta, expressa pignoris conuentione sibi prospexerit, ita tamen vt maior taciti quàm expressi pignoris vtilitas constare possit, dicendum est non eo minùs tacitam hypothecam locum habere, quæ alioqui per expressam petimeretur, vt proximo capite disputauimus. Exemplum esto, Si expressa pignoris conuentio facta sit ex interuallo post dotis constitutionem, & eo tempore quo ius quæsitum iam sit aliis qui medio tempore cum marito sub pignore contradixerunt. Si enim mulier iure communi vteretur, amitteret non modò priuilegium temporis, sed etiam hypothecam ipsam tacitá propter expressam: Et ideò ne adiectio expressi pignoris dereriorem faciat dotis & mulieris condicionem, hypotheca tacita salua manet. Exemplũ alterũ est, si expressa pignoris conuentione certa duntaxat bona mariti obligata sint. Nam nec hæc conuentio mulieri noceret si tacita hypotheca quæ generalis est per expressam specialem perempta intelligeretur. Siquidem negari non potest quin mulieris interfit habere obligata generaliter bona omnia mariti potiùs quàm aut hæc aut illa specialiter. Hucúsque priuilegii ratio tota ex eo proficiscitur, quòd dotis caussa & condicio nulla pactione deterior fieri possit, id est, ne muliere quidem volente, quoniam ea res non tantùm ad priuatam mulieris vtilitatem pertinet, sed etiam ad publicum reipublicæ fauorem *lege Attilicinus 17. D. de pact. dotal.* Quod nec pragmatici ipsi ignorant. Sed in eo tamen labuntur, quòd existimant mulierem quæ pro dote specialiter pignora quædam accepit, non minùs iuris habere si ex tacitæ hypothecæ iure cætera mariti bona persequi & vindicare velit, quàm si specialiter pignus nullum acceptum esset, vt perinde aduersus quoslibet bonorũ mariti possessores hypothecariam exercere possit, nec specialis hypothecæ excussionem ante omnia facere compellatur. Nam cùm ita comparatũ sit ius commune, vt etiam excusso debitore aut habendo pro excusso, si fortè euidenter absens

ſit aut non ſoluendo, priùs tamen bona quæ ſpecialiter obligata ſunt excuti oporteat, quàm ex generali obligatione in cætera agi poſſit *l.2.C.de pignor. l.2.D.qui potior. in pignor.habeant.* non puto dubitandum quin eodem iure mulier vti debeat, quandiu ex bonis ſpecialiter obligatis dotem & indemnitatem plenam conſequi poteſt: vt hoc caſu ſolius hypothecæ ſpecialis, non etiam generalis tacitæ ratio habeatur, non magis quàm ſi aut inter alias perſonas, aut de alia re, quàm de dote tractaretur. Cur enim fauore dotis recedamus à iure communi, cùm dos nullomodo periclitatur? Illud enim vtique conſtat dotis priuilegium nullum eſſe aduerſus exceptionem non factæ excuſſionis, neque hac parte inter mulierem & cæteros creditores quicquam intereſſe, ne tum quidem cùm generaliter & expreſſim bona omnia mariti pro dote obligata proponuntur. Quanto minùs igitur ſi generalis illa obligatio non ex conuentione deſcendat, ſed ex ſola legis poteſtate? Nam cùm generalis hypotheca expreſſa eſt, fieri interdum poteſt, vt non factæ excuſſionis exceptioni locus nullus relinquatur, nempe ſi ſubiecta ſit clauſula illa, quam notarii ferè ſemper ſubnicere ſolent, *ne ſpecialitas deroget generalitati. nec contra*: Quæ clauſula vix eſt vt vnquam vſurpetur cùm generalis hypotheca nulla, nili tacita eſt: neque verò vſurpari commodè poteſt, cùm, vt à nobis probatum eſt, in ſuperioribus acceſſione pignoris expreſſi, tacitum ſi quod fuit omnino extinguatur, etiam inuito creditore, in cuius non magis eſt poteſtate vt priuilegium tacitæ hypothecæ retineat, in eum caſum quo ſibi ille pro arbitrio cauet ne legis auxilio indigeat, quàm vt inducat eo caſu quo lex non inducit. Vtrumque ſcilicet, ex legis pendet autoritate, quæ porrò tacitam hypothecam nec inducit vnquam, nec retinet, niſi cùm æquitas facit vt neceſſarium id eſſe videatur: non *videtur* autem neceſſarium quoties ea perſona cui lex offert tacitam hypothecam mauult ſibi proſpicere per expreſſam, ſiue expreſſa idonea ſit, ſiue non. Sibi enim imputet qui legis beneficio noluit eſſe contentus: nimirum ſi talis creditor ſit qui condicionem ſuam pro arbitrio facere deteriorem poſſit. Nam ſi proponas mulierem de dote repetenda laborantem, admittam non multus quod pragmatici volunt, perinde hoc vno caſu ſaluam *ei ſupereſſe* tacitam hypothecam, & conſequenter in cætera omnia mariti bona generaliter, quamuis tacitè duntaxat obligata, acſi ſpecialis conuentio pignoris nulla interceſſiſſet, pro ea ſcilicet debiti parte quæ ex bonis ſpecialiter obligatis redigi & ſeruari non potuerit. Hoc enim ſemper contendo ſpecialis hypothecæ excuſſionem ante omnia fieri debere à muliere, non ſecus atque ab alio quolibet creditore: quemadmodum contingeret ſi conſtante matrimonio mulier iura hypothecarum vltrò & ſine cauſſa remiſiſſet. Quo caſu dubitari non oporteret quin remiſsio valeret, ſi modò eo tempore quo de dote ageretur ex reliquis mariti bonis indemnitatem habere mulier poſſet *l. iubemus C.ad SC. Velleian.* quaſi nulla tum metuenda mulieri captione. Siquidem in remiſsione huius vel illius pignoris neque donatio neque damnum vllum verſatur, quandiu aliunde ſatisfieri creditori poteſt, *l. etſi 18. D. quæ in fraud credit.*

ERROR TERTIVS.

De hypothecæ ſpecialis excuſsione.

CVM

CVM quis vniuersa debitoris sui bona generaliter pignori accepit, quędam autem ex ipsis specialiter, siue specialis obligatio, siue generalis præcesserit, constat non prius posse creditorem in ea bona agere quæ obligatione generali continentur, quàm specialis hypothecæ excussionem fecerit, quasi eam ipse sibi legem ab initio præstituerit qui non contentus generali pignoris conuentione specialem adiecit, *l. 2. C. de pignor. l. 2. D. qui potior. in pignor. hab.* Vix enim est vt quis specialiter pignori accipiat eam rem quam soluēdo debito imparē esse sciat, ideóque quandiu res illa extat, illud saltem discutiendum est an ex eius precio satisfieri commodè possit, antequam ad alia pignora quæ nō nisi generaliter obligata sunt, perueniatur. Sed tamen quomodo id accipiendum sit non omnes intelligunt, & in eo etiam aliquādo à pragmaticis erratur. Putant enim tam generaliter id accipi debere vt quisquis rē aliquam ex bonis generaliter obligatis possidet, si prior hypothecaria conueniatur, hanc non excussę specialis hypothecæ exceptionem obiicere possit. Quod non ita est. Distinctionē enim adhiberi oportet an possessor ille sit etiam creditor nécne: vt si creditor sit, habeat exceptionem, si non sit, non habeat, cuius distinctionis ratio manifesta illa est, quòd multo equius sit fauere creditori qui etiam possessor est quàm nudo possessori qui nihil omnino iuris in ea re habeat quæ alteri generaliter est obligata. Creditorem autem intelligo eum cui ex quacumque caussa debetur. Itaque si quis rem generaliter obligatam possideat ex caussa emptionis, aut alio quocumque iusto titulo, nec solùm si ex oneroso, sed etiam si ex lucratiuo, puta ex mera donatione, non dubito quin huiusmodi exceptione sit adiuuandus, quia verum est eum esse creditorem, adeóque plus quàm creditorem qui etiam dominus est. At nudus alieni pignoris possessor, id est, qui nullum aliud ius in pignore alieno habeat quàm quia possidet, neque fauore, neque auxilio vllo dignus videri potest aduersus eum qui proprię conuentionis ius exequitur: quemadmodum nec habet eam non excussi debitoris exceptionem de qua in superioribus diximus, & quæ ex Iustiniani noua constitutione tertiis possessoribus accommodatur: tametsi multo facilius sit vt illa, quàm vt hæc detur, quia non tanta fit iniuria creditori qui agere cogitur aduersus debitorem ipsum nullas omnino defensiones habiturum, quanta fit cùm excutere cogitur rem possessá ab alio, qui possessionis sue tuendæ gratia nihil non moliturus sit vt longioris litis ambagibus creditorem fatiget. Quid ergo si ex bonis generaliter obligatis aliquid possideatur ab eo, qui sit quidem creditor sed chirographarius tantùm non hypothecarius? Iam enim alio loco monuimus ad huiusmodi creditores chirographarios qui pignus nullum habent non pertinere titulū illum Codicis, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse. Et puto non debere huius creditoris meliorem esse cōdicionem quàm si nudus possessor esset, quia cùm de pignore quæritur, nihil refert an creditor quis non sit, an sit duntaxat chirographarius. Pignoratitio enim succurrimus quia verisimile est eū cōtraxisse, & ex bonis generaliter obligatis pignus accepisse, quòd sciret futurū vt ex aliis quæ specialiter obligata essent, creditori anteriori, cōmodè satisfieri posset: quę ratio nō congruit creditori qui pignus nullum accepit. Nec eo minùs tamen is qui specialem hypothecam bona fide possidet, iuuandus est exceptione non excussi debitoris si ante factam illam excussionem rectà per hypothecariam conueniatur: in quo etiam ple-

rique ex vulgaribus pragmaticis errant, existimantes specialis hypothecæ conuentionem eam vim habere, vt impediat exceptionem quæ alias obiici posset non excussi debitoris. Nam cùm ea exceptio detur possessori solius legis beneficio, & fauore tuendę possessionis quę ex iusto titulo in alium translata est, apparet specialem hypothecam per quam creditor anterior sibi prospexerit, non magis posse viam præcludere exceptioni non factæ excussionis, quàm facere vti ne possessio rei specialiter obligatę in emptorem aliúmve iustum acquisitorem transferatur. Neque verò fieri vlla cautione potest vt beneficium quod tertius possessor à lege etiam inuito creditore habiturus est, ipsius creditoris facto ei præripiatur. Excipio tamen, si cum pragmaticis errandum & ineptiendum est, casum illum quo creditor hypothecarius possessionem pignoris nactus sit, siue per veram traditionem, siue per clausulam constituti quæ sit traditionis vice. Tunc enim creditor qui idem possessor est si imploret beneficium *legis vltimæ Cod. de acquir. possess.* ad suam possessionem auocandam & retinendam, non potest repelli exceptione non factæ excussionis quę non competit nisi possessori: idque siue agat contra eum qui aliquid teneat ex bonis generaliter obligatis, siue contra specialis hypothecæ detentorem. Eadem enim vtriusque casus ratio est, cùm vtraque exceptio siue non excussi debitoris, siue non excussæ specialis hypothecæ, soli possessori detur, numquam autem ei qui non possidet: in eóque pragmatici omnes consentiunt tam constanter, quàm ego iustè ab omnibus dissentio. Nego enim possessorem pignoris manere eum qui aut per traditionem, aut per clausulam constituti possessor factus fuit, si pignus à debitore alienatum sit in eum qui corporalem ipsius possessionem sibi habere cœperit. Nego Iustiniani constitutionem *qua illi* tam insulsè abutuntur, ad eum casum pertinere quo is qui alieno nomine possidebat rem alienauerit & corporalem, atque vt vocant, asininam possessionem in alium transtulerit, sed ad illum duntaxat quo possessio derelicta tantùm aut prodita, non etiam tradita sit: vt pluribus docuimus *Decade quarta.* Itaque si bene, sentio nullum prorsus remedium est, quo possit creditor hypothecarius sibi prospicere ad declinandam non excussi debitoris exceptionem. Nam si ponas eum non hypothecam, sed pignus accepisse, id est rem mobilem quam in pugno & manu habeat, quæstioni locus nullus esse potest, quia nec hypothecaria actione indiget ad auocandam possessionem quam penes se iam habeat, nisi proponas ex post facto amissam, quo casu fatendum est æquè locum fore exceptioni, atque si is hypothecam ab initio non pignus accepisset. Neque enim quisquam dixerit Iustiniani constitutionē in *dict. l. vltim. Cod de acquir. possess.* ad eum pertinere qui suam possessionem, quam per seipsum retinebat, ipse amiserit. Planè aduersus exceptionem non excussæ specialis hypothecæ, potest remedio & cautioni locus esse: nimirum vt caueat creditor expressímque conueniat ne generalitati specialitas deroget, aut contrà. Quæ vulgaris clausula est à notariis passim adhiberi in hanc rem solita, vt superiore capite dicebamus. Et ratio dissimilitudinis est, quia exceptio non excussi debitoris competit ex lege inuito iam creditore. Nemo autem facere potest quin leges locum habeant, nisi cùm lex aliquid constituit in eum casum quo nihil in contrarium ab homine cautum, & constitutum sit. At exceptio non excussæ specialis hypothecæ competit ex æquitate quadam, cui causam dat voluntas

luntas ipſa ſaltem tacita creditoris, qui non contentus generali obligatione bonorum debitoris pignus aliquod aut hypothecam ſpecialiter accipiendo ſatis declarauit malle ſe ex iis bonis ſpecialiter obligatis ſuum conſequi, quàm ex cæteris. Neque tamen ideò fit vt inutilis maneat obligatio cæterorum, cùm excuſſione facta ſpecialis hypothecæ liberam habiturus ſit creditor eorum perſecutionem, id eſt, ſiue ſpecialis illa hypotheca minùs idonea, ſiue perſecutio eius difficilior reperietur. Adiecta porrò clauſula & proteſtatione illa vt generalitati ſpecialitas non deroget, apertiſſima eſt volũtas creditoris nolentis ex eo iure quod per generalem pignoris conuentionem ſibi quæſiuit, quicquam detrahi ob id ſolùm quod ſpecialem hypothecam adiecerit: Proinde nullus contrariæ voluntatis coniecturæ locus relinquitur.

ERROR QVARTVS.

De poteſtate generalis hypothecæ ijs caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur.

QVÆ proximè diximus, oſtendunt quàm parum cautè faciant plerique creditorum, qui ad generalem bonorum debitoris omnium obligationem adiiciunt ſpecialem, cùm inde fiat vt duplicis excuſſionis faciendæ incõmodo ſe onerent, ſi quando hypothecariam exercere volent, excutiendi ſcilicet primùm debitoris, deinde excutiendę ſpecialis hypothecæ. Sunt tamẽ quidá caſus in quibus vulgò creditũ eſt à pragmaticis, ſpecialẽ hypothecá maioris cõmodi & vtilitatis eſſe creditori quàm generalẽ. Vnus ille eſt ſi is qui fũdũ certis annis certáque penſione fruẽdũ locauit, eũ fundũ ante finitam conductionem vendiderit. Etſi enim conſtat non teneri emptorem ſtare colono *l. emptorem 5. C. de locat.* quia locatio ſicuti non transfert dominium, ita neque impedit quominus locator rem ſuam alienando transferat dominium in accipientem, nec conſequenter quominus emptor re ſua pro arbitrio vtatur, ſi tamen is ipſe fundus qui locatus eſt ſpecialiter obligatus fuerit conductori pro eius indemnitate, contractúſque obſeruatione, placet non aliter permittendum emptori, vt conductorem expellat quàm ſi ante omnia indemnitatem ei præſtiterit, cuius conſequendæ nomine conductor nonniſi perſonalem ex conducto actionem haberet contra locatorem, ſi aut nulla, aut generalis duntaxat hypotheca ſubeſſet: Alter caſus eſt, Si quis iuſta pactione obſtrinxerit ſe ad certum fundum tibi vendendum, iſque poſteà fundum illum alteri vendiderit. Quamquam enim ſibi obligatus eſt perſonali actione, quæ ex contractu iuſto naſcitur in id omne quod tua intereſt ob fidem ruptam, non ideò tamen minùs tranſlatũ videri poteſt dominium in alium emptorem per traditionem à domino factam, niſi ea tranſlatio impedita ſit per ſpecialem eiuſdem fundi obligationem ex *lege ſi creditor 7. §. 1. D. de diſtrah. pignor.* iunct *l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi. D. de action. empt.* His itaque caſibus & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, volunt pragmatici neceſſariam eſſe ſpecialem pignoris conuentionem, nec ſufficere generalem, quaſi ſpecialis ſit fortior ad rem ipſam, de qua retinenda agitur, afficiendam. Sed & ſunt qui putent, ſpecialem ipſam ſufficere niſi

accedat etiam clauſula conſtituti per quam poſſeſſio transfertur in creditorem, vt idem ſit & creditor & pignoratitius, & pignoris poſſeſſor. Nemo enim dubitat quin facilìs danda ſit creditori poſſidenti retentio, quàm non poſſidenti perſecutio. Pro poſſeſſore autem habent creditorem qui per clauſulam conſtituti aut aliter poſſeſſor ſemel factus eſt, licèt tranſlatio facta ſit & dominii & poſſeſſionis in emptorem, quia putant habere illum ius auocandę adeóque retinendæ ſuę poſſeſſionis, implorato duntaxat auxilio conſtitutionis Iuſtinianeæ *in lege vltima. C. de acquirend. poſſeſſione.* qui perpetuus pragmaticorum error eſt, toties à nobis confutandus, quoties inculcandus. Nam vt hunc ordiamur, non poteſt facere clauſula conſtituti, ſicut nec vera realiſque traditio, vt poſſeſſor quis maneat eius rei, quam alius reuera & corporaliter ſic detinet vt eam non alii, ſed ſibi ſoli habere velit. Cùm enim poſſeſſio aut tota facti ſit non iuris, aut ſaltem facti magis quàm iuris *leg. denique* 19. *D. ex quibus cauſſ. maior.* pendeat ex animo eius qui rem tenet ſi alienam poſſeſſionem interuertere, ſibique eam habere malit, fieri certè nequit, vt non poſſideat ſiue iuſtè ſiue iniuſtè qui ſeipſum tenet animo domini, & conſequenter vt non deſinat poſſidere qui anteà poſſidebat, ſiquidem duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt *lege 3. §. ex contrario* D. *de acquirend. poſſeſſion.* quem admodum diſputauimus *Decade quarta.* Nec Iuſtiniani conſtitutio in *diſt. l. vltima* ad hunc caſum pertinet, quo is qui alieno nomine poſſidebat poſſeſſionem tradidit, ſe ad illum duntaxat quo poſſeſſionem dereliquit, aut etiam prodidit citra traditionem, vt ipſa legis verba præ ſe ferunt. Igitur non eſt cur conſtituti poteſtatem in auxilium euocemus, quando eum caſum tractamus, quo agatur aduerſus emptorem eundémque detentorem *rei,* quæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter fuit obligata. Et tamen non facilè, meo iudicio, dici poteſt, quin prodeſſe debeat hypotheca ſpecialis ſine poſſeſſione ad impediendam dominii tranſlationem, niſi cùm hoc ipſum nominatim conuenit, vt fundus ille alienari non poſſit. Huiuſmodi enim conuentione intercedente, fateor alienationem non valere, vt pactioni ſtetur, quomodo ſcriptum eſt in *diſt. l. ſi creditor. §. 2. de diſtract. pign.* vbi ſine cauſſa *Baldus,* vt referunt, legebat *vllam* pro *nullam,* quia ſi alienationem à domino factam illud rata facere ſolet, quòd nihil ſit tam conueniens naturali rationi & æquitati, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. adeò 7. §. qua ratione.* D. *de acquir. rerum dominio.* cõſequens eſt, vt qui propria conuentione alienandi facultatem ſibi præreptam voluit, alienare poſtea non poſſit inuito creditore qui ius pignoris in ipſa re habeat, licèt ius ipſum pignoris ſi pactio de non alienando nulla acceſſiſſet, non ſufficeret ad impediendum quominùs ſaluo pignoris iure diſtrahi res poſſet. Enimuerò non aliud admittendum erit ſi generalis tantùm, non etiam ſpecialis hypotheca conſtituta proponatur. Aequè enim rem afficit hypotheca generalis atque ſpecialis. Nec minùs verum eſt ius in re habere creditorem, cui generaliter, quàm cui ſpecialiter pignus datum fuit. Nulla autem interueniente conuentione de non alienando pignore, nego ſpecialem hypothecam facere poſſe vt alienatio impediatur dummodò debitor qui alienat poſſeſſionem habeat, ſiue veram, ſiue aſſininam (neque enim ſine poſſeſſione dominium transferri poſſet) cùm

nec

nec facere poſſit ne locus ſit exceptioni non factæ excuſſionis, quemadmodum proximo capite dicebamus, cui tamen locus eſſe non poſſet ſi alienatio impediretur, ſiquidem non videretur titulum habere, nec aliquo fauore dignus eſſe, qui ex emptione nulla poſſideret, alioqui priuaretur conuentionis ſuæ fructu creditor ſpecialiter pactus de pignore qui hoc ipſo de non alienando pignore pactus intelligeretur, cùm non leue incommodum ex eo ſentiat, quod debitoris excuſſionem facere cogitur, non facturus vtique ſi debitor ipſe poſſideret, nec alienaſſet. Nihil ergo hac parte intereſt an generaliter pactus ſit creditor de pignore, an ſpecialiter. In alia autem ſpecie cùm locatus fuit fundus, & ante finitam conductionem à locatore alienatus, ſimiliter dico non minorem eſſe vim generalis hypothecæ quam ſpecialis, vt cõductori retentio detur fundi aduerſus emptorem, quouſque in ſemmitatem ſit conſecutus. Nam cùm ex locatione dominium non transferatur in conductorem, vt diximus, negari non poteſt quin obligatis à locatore bonis ſuis omnibus, is quoque fundus qui locatus eſt obligatus intelligatur: Etſi autem non magis poſſeſſio quàm dominium rei locatæ acquiritur conductori, retentio autem non niſi poſſeſſori videtur danda eſſe, tamen verius eſt retinẽdi pignoris ius habere omnem qui corporalem & aſſiduam habet pignoris poſſeſſionem, quomodõ habet conductor qui & ob hanc cauſſam aliquãdo dicitur naturaliter poſſidere. Fit enim ex conductore creditor ſtatim atque re conducta frui prohibetur, ſiue per locatorem prohibeatur, ſiue per alium qui cauſſam habeat à locatore, nec quod incipit ſuo nomine poſſidere eam rem quam anteà non niſi conducti titulo, id eſt pro alieno poſſidebat, facere debet, vt poſſeſſionis cauſſam ſibi ipſi mutare videatur: Vtitur enim iure ſuo, & quidem eo iure quod ex ipſo conductionis titulo nactus eſt. Et huc maximè pertinet titulus ille Codicis, *Etiam ob chirographariam pecuniã pignus retineri poſſe.* Retinere namque poteſt quiſquis detinet, licèt non poſſideat eo poſſeſſionis genere quod proprium eſt interdictorum, vt Vlpianus loquitur in *l. officium 9. D. de rei vindication.* Nec proinde neceſſe eſt adhibitam eſſe in contractu clauſulam conſtituti ad transferendam rei locatæ poſſeſſionem in conductorem, quaſi ſub ea condicione, ſi quid à locatore aduerſus contractum factum erit: quamquam tutius ſanè & melius id fuerit, ne qua pragmaticis cauillandi occaſio relinquatur. Nihilne igitur creditoris interest vtrum generalem hypothecam habeat an ſpecialem? Nihil prætius quod ad ipſius commodum attinet niſi vno caſu, quẽ nos in Codice Sabaudico proferemus. Solet tamen ſpecialis hypothecæ vſus tum maximè eſſe neceſſarius, cùm antichreſis contrahitur, id eſt, pignus ea lege datum vt fructus ex eo percipiendi cedant in vicem vſurarum, *l. & quæ nondum 15. §. ſi antichreſis. D de pignor.* Nempe quòd ea pignoris conuentio non aliter valeat, quàm ſi facta non ſit in fraudem legitimarum vſurarum, id eſt, ſi fructus qui ex pignore percipi commodè poſſunt legitimo vſurarum modo reſpondeant. Inde namque fit vt fructuum quoque modus certus eſſe debeat, vt ſciri poſſit, an ſit legitimus, quod tamen obligatis generaliter, datiſque in antichreſim bonis omnibus debitoris ſciri non poſſet: Præter id quod vix eſt, vt quis bonorum omnium antichreſim contrahat, nec ſibi quicquam fructuum reliquum faciat, ex quo ſuam ſuorũmque vitam tueri poſſit.

Digitized by Google

ERROR QVINTVS.

De locatore rem conductam vindicante à conductore.

NON incelebris est constitutio Iustiniani in *l. si quis conductionis. C. de locat.* qua constitutum est, vt qui conductionis titulo rem tenet, si à locatore conueniatur, finita locatione ad eius rei corporalem & naturalem possessionem restituendam, dominij quæstionē referre nō possit, nec rei restitutionē differre aut recusare eo prætextu, quasi dominus ipse sit, non is qui locauit. Quæ constitutio nouum sanè ius continet, abhorrensque à vera rectáque iuris ciuilis ratione. Etsi enim nihil commune habet proprietas cum possessione, priúsque possessionis quàm dominij quæstio terminanda est, si tamen in promptu appareat de iure conductoris, quòd dominus sit rei à se conductæ, dubitari non oportet, quin probatio dominij absorbeat causlam possessionis, si Papinianus potiùs quàm Iustinianus consulatur. Nec obstabit quòd etiam veteris iuris regula illa fuit, vt qui ab aduersario possideret, nunquam posset aduersariū vincere ob id quòd possideret, *l. 1. §. vlt. D. quod vi aut clam.* Sic enim id accipiendum est, quomodo & Vlpianus loquitur, non vt numquam vincere debeat aduersarium à quo possidet, sed vt numquam vincere debeat ob hoc solùm quia possidet, id est in causla possessionis. Cęterùm in causlà dominij nihil prohibet quominùs vincere possit, cùm eam victoriam non ex eo sibi comparet quòd possideat, sed ex eo quòd sit dominus. Illa potius ratio facit pro Iustiniano, quòd non sit permittendum conductori *vt* sibi mutet causlam possessionis, quam vtique mutare videtur, cùm *incipit* velle pro suo & pro domino possidere rem quam anteà pro alieno, nec nisi conductionis titulo possidebat. Sed tamen fieri potest vt dominij quæstionem referat, nec tamen sibi mutet causlam possessionis, vt puta, si non priùs pro suo possidere velit, quàm de dominij sui iure cognitum fuerit & pronunciatum, priùs autem de dominij iure cognosci & pronunciari velit, quàm rem restituere compellatur. Quid ergo? Moram tantùm facit in ea re restituenda quam conducti titulo adhuc tenet. Quòd si addas, obligatum esse ex contractu conductorem vt rem sibi locatam restituat locatori, nec audiēdum eum esse qui propriæ obligationi satisfacere recusat, dicam obligationem illam nullo iure, & sine causlà factam reperiri: ex quo apparet rem cōductam fuisse conductoris, neque enim rei suæ conductio magis quàm emptio aut pignus consistere potest, *l. neq. pignus 35. D. de regul. iur.* Et quemadmodum locator non facit dominum conductorem, ita nec dominium suum amittit conductor ob id solùm quòd rem suam conduxerit, præsertim si ignorans conduxit. Nam distinctio illa an conductor sciuerit, an ignorauerit, ad causlam soluendæ pensionis aut amittendę possessionis pertinet magis, quàm ad ius dominij transferendi. Est enim difficilior dominij amissio & acquisitio, cùm nec sine traditione dominium transferatur, neque verò ex traditione ipsa, si nuda sit, id est, nullo iusto & legitimo titulo suffulta, *l. numquam nuda 20. D. de acquir. rer. domin.* Habet tamen Iustiniani constitutio hunc æquitatis colorem, quòd quandiu non apparet cuius sit res conducta, negari nō possit quin subsistat inter locatorem & conductorem obligatio mutua locati & cōducti,

& con-

& cõſequenter quin ex bona fide poſt finitam conductionem reſtituere rem debeat conductor, qui in id vſque tempus eam & alieno nomine poſſedit, & tanquam alienam. Sed hoc ita, ſi ex locationis contractu cõueniatur. Quid enim ſi locator rem à ſe locatam vindicet tanquam ſuam? Non ſum neſcius pragmaticos pleroſque in ea eſſe hæreſi, vt putét, nec hoc etiam caſu permittendum conductori vt referat dominij quæſtionem, quia non eo minùs conductor eſt, & in mala fide, ſi non ante omnia rem ipſam reſtituat, poſtmodum eam dominij iure ſi volet, & poterit, vindicaturus. Sed errant manifeſta iuris alioquin apertiſſimi ignoratione. Quiſquis enim agit rei vindicatione, cogitur probare ſe dominum eſſe, ſi negetur: nec priùs poteſt vincere quam intentionem ſuam impleuerit, licèt reus nullo iure ſe probet poſſidere *l. vlt. C. de rei vindicat.* Id enim eſt quod dici ſolet, vicioſam quoque poſſeſſionem, id eſt, quæ nec titulo, nec bona fide adiuuetur, aduerſus extraneos prodeſſe ſolere, id eſt, aduerſus eos qui nullum ius habent vindicandi *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſ.* Multum igitur intereſt an conductor directa rei vindicatione, an ex contractu locationis à locatore conueniatur. Poſteriore demum caſu locum habet conſtitutio Iuſtiniani, non etiá priore: ne tá apertè vis fiat legibus, & iuris rationi, præſertim cùm imputare ſibi locator debeat, cur vindicationem pro actione perſonali elegerit, nec Iuſtinianeæ conſtitutionis beneficio vti maluerit. Multo autem facilius admittendum illud etiam eſt, ſi cõductor ab alio quàm locatore ex aliqua cauſſa, non tamen ex cõtractu ipſo locationis conueniatur permittendum illi eſſe vt dominij quæſtionem referat, negétque fuiſſe rem locatoris, quoniam & agente ipſo locatore, dũ ne ex contractu locationis eam quæſtionem referre poſſet. Cui non diſſimile illud etiam eſt quod dicimus, licèt pragmaticis ferè omnibus mirum id, & nouum, ne dicam falſum, videatur, eum qui ab alio emit, nõ videri hoc ipſo fateri vẽditorem dominum, cùm aliena quoque res emi poſſit, in eoque decipi etiam emptor, qui ad emptionem acce dens putat rem eſſe venditoris. Ideóq; ſi emptor per quaſi Seruianam conueniatur à venditoris creditore hypothecario, negare poterit, venditoris vnquam rẽ fuiſſe vt excludat hypothecariam, quæ non aliter tenet quàm ſi res obligata probetur in domi io fuiſſe debitoris, & quidem eo tempore quo pignoris obligatio contracta eſt, niſi cùm etiam futura bona in obligationem deducta fuerunt *l. & quæ nondum* 15 §. *quod dicitur. D. de pignor.* Nimirum quoniam hypothecaria actio vindicatio quoque eſt, licèt pignoris non dominij, nec fieri poteſt vt quis rem alienam obliget. In quo pignus differt à venditione. Pignoris enim obligatio rem ipſam quæ obligatur, afficit, venditio verò non niſi perſonam venditoris. *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.*

ERROR SEXTVS.

De venditis fructibus fundi iam locati.

QÆ PENVMERO mirari mihi contigit, & inueſtigare quam rationé haberet quod pragmatici toties iactitát, Venditione fructuum ius rei quæ priùs locata fuerat, diſſolui locationem, quod Galli vulgo ſic exprimunt, *Vente de fruicts rompt ceuſe.* Nam cùm id paſſim receptum ſit, adéóque ſine lege, non inutilis ſanè, aut Iureconſulto indigna

quæstio est an dicatur etiam sine ratione. Illa autem ratio prima, &c, ni fallor sola occurrit, quòd per venditionem transferatur dominium ac ius omne quod fuit penes venditorem, non etiam per locationem. Inde enim fieri videtur vt emptor fructuũ dominij iure vincere debeat cõductorẽ qui dominus non est. Mihi tamen attentiùs intuenti ratio hęc probari in proposito nõ potest, id est cùm de fructuum venditione disputamus, sed eodemum casu quo fundus ipse venditus sit. Fundo namque vendito, fateor nõ teneri emptorem itare eo loco, vt apertè scriptũ est in *l. emptorẽ 5. C. de locat.* quia cùm per emptionem factus sit dominus fundi, non solùm prohibendus nõ est quom inùs re sua pro arbitrio vtatur, sed etiam quod ad ipsos fructus attinet, anterius & potentius ius habet quàm cõductor, scilicet tanquã dominus, quãdoquidẽ fructus pendentes fundi pars videntur *l. fructus 44. D. de rei vindicat.* ac proinde priùs etiã quàm percepti sint pertinẽt ad emptorem eodẽ dominij iure quo fundus ipse: Cõductor verò sicut nihil iuris in fũdo habet, ita nec in fructibus, quãdiu in fũdo sunt & antequàm eos perceperit: Itaque mirùm nõ est si à fundi emptore dominij iure expelli possit, & prohiberi ne fructus percipiat, inuito eo qui dominiũ ipsorum habet. At in fructuum emptore nihil est quod facere possit vt eadem illius quæ emptoris fundi ratio cõstitui debeat. Quinimo cõductori potiùs per omnia & in omnibus videtur cõparãdus. Neque enim dici potest quicquã iuris habere in fructibus antequàm à fundo separati sint, cùm nec ius vllum habeat in fundo ipso cuius partẽ fructus cõstituũt: sicut nec bonæ fidei possessor, qui tamẽ quod ad fructus attinet, penè in omnibus domini loco habetur *l. bonæ fidei 48. ff. de acquir. rer. domin.* nẽpe quia fieri nõ potest vt fundi ius & dominiũ nõ sequãtur fructus qui sunt in fundo. Posteà verò quàm a solo separati sunt non nego fieri eos emptoris *cui venditi* sunt, si eos perceperit: Sed dico perinde fieri conductoris qui eos percipit, quia quãuis non emerit, tamẽ voluntate domini eos percipit, quod vtique sufficit vt suos facere possit, quemadmodum Africanus argumentatur in *l. si seruus 64. §. locauit. D. de furt.* Tantundem igitur in fructibus iuris habet conductor fundi, quantum emptor fructuum. Nisi fortè quis velit differentiam illam inducere, vt fructuum dominium acquiratur conductori sola perceptione, emptori verò fructuum sola separatione, exemplo similis differentiæ quæ inter bonæ fidei possessorem & fructuarium traditur in *l. si fructuarius meßem 13. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nam cùm emptio fructuum valeat tanquam rei futuræ, quasi sub ea condicione contracta si fructus nascentur, nihil aliud esse videtur quod impediat ne statim emptor dominus fiat quàm quòd fructus nulli sint ante separationem. Separatione autem secuta proculdubio fructus fieri incipiunt, condicióque emptoris existit etiam ante perceptionem: sed tamen nego consequẽs ex eo fieri vt fructuum dominium emptori ante perceptionem acquiratur, nam ad acquisitionem dominij ex caussa emptionis condicionalis, non illud satis est impletam esse condicionem, sed traditionem quoque rei venditæ interuenire necesse est, siue ante, siue post condicionis implementum §. *vendita. Instit. de rer. diuis.* Traditio enim illa est quæ dominium transfert, non conuentio *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atqui fructuum venditorum traditio nulla fieri potest ante separationem, quia necdum vlli in rerum natura esse intelliguntur, vt diximus, quod autem nondum est, tradi nullomodo potest. Fieri ergo nequit vt sola separatione fiant emptoris, omninóque necesse est expectari perceptionem,

vt eos

vt eos emptor ſuos faciat, ſiue quòd eos percipiat ex voluntate domini quemadmodum diximus de conductore, ſiue quòd patientia domini ſcientis & volentis fructus percipi ab emptore traditionis vice ſit, vt euenire ſolet in vſufructu conſtituendo, in ſeruitutibus tradendis, aliiſque huiuſmodi iuribus incorporalibus quæ veram traditionem non admittunt *l.3.§.1.de vſufr.* Quæ poſterior ratio conductori non conueniret, quia cùm per locationem non id agatur vt tranſlatio vlla dominij fiat in conductorem, traditio nulla fructuum neceſſaria eſt, ſufficítque traditum eſſe fundum etiam ante fructus aut ſatos aut ſeparatos, vt conductor intelligat habere ſe ius percipiendi ex domini voluntate fructus qui in eo fundo naſcentur. Itaque fructus venditi & ab emptore percepti ſpectant quidem ad emptorem duplici ratione, qui autem ex fundo locato percepti ſunt à conductore non niſi vna ratione ad conductorem pertinent, ſed tamen tam citò ad hunc quàm ad illum, quia in vtroque perceptionis tempus expectatur. Proinde ſi conductor diligentior fuerit in iis fructibus percipiendis, prior quoque fructuum dominus factus videbitur, emptorique in dominij quæſtione præferendus erit, ſicut euenit, cùm pluribus eadem res diuerſis emptoribus vendita eſt. Præfertur namque ſi cui priùs tradita fuit *l.quoties 15.Cod.de rei vindicat.* Quamuis enim vnus tantùm hic emptor ſit non duo, tamen cùm tantundem iuris habeat conductor ad fructus ſuos faciendos quantum ſi emiſſet, parum meo iudicio intereſt an duobus quis fructus vendiderit eoſdem, an verò vni fundum locauerit, alteri verò eiuſdem fundi fructus vendiderit, & vtroque caſu incidit in ſtellionatum ſi non præmoneat emptorem fructuum, quòd fundus ille ſit locatus. Obiicies fortaſſe, imò verò conductorem hoc caſu non poſſe fructus ſuos facere, quia nec poteſt videri eos percipere ex voluntate domini qui ante perceptionem eos fructus alteri vendidit. Verùm reſpondeo voluntatem illam locatoris declaratam in contractu vltro citróque obligatorio non ita facilè & inſcio aut inuito conductore reuocari poſſe, poſteaquàm contractus ſemel perfectus fuit *l ſicut 4.Cod.de obligation.& action.* Adeo vt quamuis voluntas morte finiri ſoleat, ius tamen conductoris ex eiuſmodi voluntate ſemel acquiſitum, locatoris morte non finiatur, nec heres mutare voluntatem poſſit *l.viam veritatis 4.Cod.de locat.* Quanto minùs igitur locator ipſe mutare poterit, niſi præſtita priùs conductori indemnitate? Præſertim verò, ſi, vt paſſim hodie fieri aſſolet, vniuerſa locatoris bona generaliter conductori obligata proponantur pro contractus obſeruatione. Nam cùm ea ratione fructus quoque ipſi obligati intelligantur tanquam bona futura (priùs enim eſt vt cùm extare incipient, fiant locatoris quàm vt ex perſona locatoris eiuſdémque venditoris acquirantur emptori) quidni permittemus cõductori vt eos iure ſuo percipiat inuito etiam locatore, in cuius quippe poteſtate nõ eſt vt benè ſemel cõtracti pignoris vinculũ diſſoluat? Dices nõ eo minùs ſaluũ fore vinculũ pignoris quòd fructus illi emptori acquirẽtur, quia ius pignoris ex quo contractũ eſt, nihil cũ cauſſa domini cõmune habet. Sed ſi admittas conductorẽ ius habere debere auocandorũ per hypothecariã ab emptore fructuũ poſtquàm emptor eos perceperit, quanto magis ei licebit ius ſuũ exequi in rẽ ſibi obligatam, quandiu res illa in debitoris ſui dominio adhuc eſt, & priuſquàm ad emptoris dominium peruenerit? Aut cur conductori denegemus facultatem percipiendi fructus qui nondũ ſunt emptoris, cùm ſi eos percepiſſet etiam poſtquàm emptoris facti eſſent, reti-

nere tamen illos ſuo iure poſſet? Sanè ſi ponas offerri ei indemnitatem pleniſsimam ſiue ab ipſo locatore ſiue à fructuum emptore qui quod ad fructus attinet in locatoris ius ſucceſſerit, videlicet ante perceptionem, admitti facilius poſſit potiorem emptoris quàm conductoris cauſſam eſſe oportere, quia ius omne conductoris pendet ex obligatione locati & conducti quæ cùm ſit perſonalis non eò pertinet vt dominium fructuum acquiratur conductori, ſed tantùm vt creditori præſtetur frui licere, aut ſi non præſtabitur quanti conductoris intereſit locator condemnetur. Sed tamen vrget hoc etiam caſu pro conductore, quòd locator ipſe ſi indemnitatem conductori offerre quàm patientiam, cùm poſſet, præſtare mallet, non eſſet audiendus, Neque enim permittendum eſt ei qui contraxit vt ſi contractui ſatisfacere poſſit, liberetur præſtando id quod intereſt. Sicut dicimus etiam de venditore, qui ſi rem venditam præſtare poſſit, nec tamen velit, condẽnandus eſt præciſè vt tradat, nec eius quod intereſt præſtatione liberatur vt nos ex Pauli ſententijs docuimus *li. 6. Coniect.* Cur ergo plus iuris demus emptori fructuũ ex perſona locatoris quàm locator ipſe habiturus eſſet ſi fructus non vendidiſſet? Nec.n. reſponderi poteſt idem contingere fundo quoque vendito qui locatus fuerat. Nam venditio fundi idcirco non impeditur per locationem; quia nihil iuris conductor habet in fundo, quódque locator plus iuris tranſferat in emptorem fundi pro fructibus quàm eſſet ipſe habiturus, fit per conſequentias, quoniam qui dominus fundi eſt, is vt fructuum qui ex eo fundo naſcentur dominus etiam ſit neceſſe eſt. At cùm fructus venduntur iniuria fit conductori in ea ipſa re quam ex voluntate locatoris ſibi acquirere voluit, nec aliud tranſfert venditor in emptorem quàm illud ipſum ius, quod non habuit inuito conductore, percipiendi.ſ. fructus ex fundo locato *naſcituros*. Alioqui perinde dicendũ eſſet poſſe eũ qui tibi fundũ iá locauerit, alteri iterùm locando ius tuũ extinguere, quoniá non minùs hic mutat voluntatem alteri locando, quàm ſi fructus vẽdidiſſet, & tamen nemo id dixerit quia in pari cauſſa duorum cõductorum, potiorem eum eſſe neceſſe eſt, qui prior contraxit, ſaltem eo caſu quo prior etiam fructus perceperit, vt in locatione pluribus facta diuerſis tẽporibus, idem ſeruetur quod in venditione. Igitur ſi conductor de quo agimus diligentior fuerit in percipiendis fructibus, quàm is qui fructus emit, dicendum eſt æquè præferri eũ debere in dominio fructuũ acquirendo, quemadmodũ contingeret ſi pluribus diuerſo tẽpore ijdem fructus venditi eſſent. Nec.n. quicquã cauſſæ eſt cur minus iuris habere debeat conductor in fructibus fundi locati quàm ſi eos emiſſet, aut cur melior ſit condicio emptoris fructuũ, quàm ſi cõduxiſſet. Neuter ſiquidẽ dominus ſit fructuũ niſi ex perceptione, quæ vt dixi, traditionis loco eſt. An igitur non plus iuris habebit emptor fructuũ etiamſi prior contraxerit, quàm is cui poſteà idẽ fundus locatus fuit? Nõ plus vtiq; niſi eos fructus aut ſpecialiter aut generaliter cũ cæteris bonis ſui venditoris habuit obligatos. Nã & ſimiliter cõductor etiá qui poſterior contraxiſſet omnimodo ptẽferendus eſſet ſi ſolus vinculo pignoris teneretur. Quòd ſi vterq; ius pignoris in ijs fructib. habuit, is potior erit qui in pignore prior reperietur. Quid deniq; ſi quod plerunq; fit, alteruter, id eſt vel emptor fructuũ vel conductor poſſeſſione fructuũ nactus ſit per clauſulá conſtituti? Iam diximus *Decãde quarta* fieri non poſſe, vt per conſtitutũ transferatur poſſeſſio bonorũ futurorum. Sed ſi pragmaticorũ errorem pro iure haberi vẽlis, dicam potioré fore conditionem eius qui per clau-

Digitized by Google

clauſulam illam poſſeſſor factus erit, quia poſſeſſio fructuũ plus quàm perceptio eſt, nec poſſunt videri non percepti fructus qui iam poſſidentur. Quid ſi vterque, vt ſæpe fit, eandẽ habeat clauſulam conſtituti? Concurret vterque in poſſeſſione, & conſequenter in dominio, ſicut & concurrerent in pignore ſi vtriq; oppignerati eſſent fructus, licèt diuerſis temporibus *l. idémque 7. §. 1. D. qui potior. in pign. habeant.* Quamquam ſi verum amamus, abſurdum eſt fieri eos poſſeſſores per illum qui numquam ipſe poſſederit.

ERROR SEPTIMVS.

De tutela impuberis, auum paternum & matrem habentis.

NIHIL dici, meo iudicio, poteſt abſurdius quàm quod pragmaticis placere video, impuberis, qui amiſſo patre auum paternum & matrẽ habeat ſuperſtites, tutelã ad matre deferri, licèt eius ſententię autore laudet Bartolum ad *Nouell. vt hic matr. & auia.* Nam cùm hic impubes in aui paterni maneat poteſtate, in qua & pater erat (ponimus.n. nepote eſſe ex filio familias non ex emancipato) repugnat omnino principijs & rationi iuris vt ei tutor detur. Eſt. n. tutela ius in capite libero, vt Seruius definiebat, & conſequenter imago quædã & participatio patriæ poteſtatis: propter quam cauſſam nullo iuris loco, nulloq; caſu apud Iureconſultos ſcriptum reperias tutorẽ dari ei qui in alterius ſit poteſtate, quia nõ magis id fieri poteſt, quàm vt quis eodem tempore ſit in poteſtate duorum: quod non ſolùm ius ciuile, ſed natura etiam ipſa abhorret. Inde etiã fiebat vt iure ciuili fœminis nullo caſu tutela deferretur, ne matri quidẽ & auiæ ante Iuſtiniani conſtitutionẽ, quæ in eam rem nominatim facta eſt, quoniam fœminæ nor habent nec habere poſſunt ius poteſtaris, ne in liberos quidem *l. illud 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Quid ergo fuit quod in iure tam aperto Bartolũ pragmaticorum, vt puto, potiùs quàm iuris antesignanum faltere potuerit? Hoc vnum. ſ. quod ex vulgata regula, eò tutela deuolui ſolet quò redit hereditas *l. quò tutela 73. De regul. iur.* certum autem eſt in filij hereditate matrẽ præferri auo etiam paterno, quia proximior eſt in gradu, inter aſcendentes verò prę rogatiuam gradus ſeruari Iuſtinianus voluit, vt qui proximior eſt cuiuſcunque ſexus ſit & ex quacunque linea cæteris omnibus præferatur *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Cur non ergo, inquiunt, mater auo paterno in tutela præferetur? Sed in promptu reſponſio eſt ineptam & ridiculam eſſe ratiocinationem, quia Iuſtiniani conſtitutio quæ de tutelis eſt, itémque illa quæſtio cuinam potiùs deferenda ſit tutela, ad eum caſum pertinet quò de tutela tractari poſſit. Sunt.n. vt vulgò iactitant & rectè, præſupponendi termini habiles. Nos autem negamus tractari poſſe de tutela eius qui ſit in aui poteſtate non magis quàm ſi patrem ſuperſtitem haberet. Priùs ergo probare *Bartolus* debuit dandum eſſe huic impuberi tutorem, quàm de eo diſputare, Matérne danda ſit, an auus paternus. Sanè in auo materno poteſt locum habere hæc quæſtio, itémque ſententia & ratio *Bartoli*, quia nepos ex filia non eſt in aui materni poteſtate. Quamquam illud etiam abſurdum videtur filiamfamilias, quæ ipſa non ſit ſui iuris habere filium in poteſtate

iure tutelæ *l. sic euenier. 21. ff. ad leg. Iul. de adulter.* Illud vtique constat si nepos sit ex filio emancipato matrem auo paterno propter Iustiniani constitutionem præferri debere.

ERROR VIII.

De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni est potestate.

NON multùm distat error hic à superiore. Nam quemadmodum ex vera rectáq; iuris ratione ei qui in patris aut aui paterni potestate est, tutor dari nullomodo potest, ita nec curator. Etsi enim ea inter tutorem & curatorem differentia est quòd tutor personæ, curator bonis datur, tamen fieri nequit vt qui alium in potestate habet, non habeat etiam illius bona si qua sint, sequuntur namque bona personam eodémque iure censentur. Et tamen casus quidam sunt in quibus putant pragmatici inducendum esse, vt etiam filiofamilias curator detur, præsertim impuberi aut minori. Nimirum quoties patri aut auo paterno ex aliqua causa auffertur legitima administratio, puta si aut prodigus ipse sit aut mente captus qui nec administrare possit, vel cùm aliquid filius familias facere cogitur quod sit in rem patris, finge cogendum cum fideiubere pro patre, aut proprias res vendere vt partem à vinculis eximat & liberet. Nam cùm nemo in rem suam alteri autoritatem præstare possit *l. 1. D. de autor. tutor.* consequens videtur vt in id necessaria sit autoritas curatoris, maximè si filius familias impubes aut minor annis vigintiquinq; proponatur. Solent enim quæ à minoribus sine curatoris autoritate gerũtur minoris esse momenti, & facilius admittere in integrum restitutionem, si læsio aliqua intervenit. Sed si mecum attentiùs rem intueare, non negabis pragmaticos hîc desipere, & si insanis omnibus curator dandus est, curatore ipsos indigere. Cùm enim pater aut auus paternus iis moribus est vt legitimam bonorum filij administrationem ei aufferri oporteat, non ideò tamen amittit ius patrię potestatis, quippe quod non ex moribus sed ex solo patris nomine, iurisque autoritate & constituitur & æstimatur. Atqui ratio, vt diximus, quæ impedit ne filiofamilias tutor aut curator dari possit tota pendet ex iure patriæ potestatis. Non igitur tutoris aut curatoris dandi necessitatem inducere illud potest, quòd pater desierit esse administrator. Separata enim sunt iura patriæ potestatis & legitimæ administrationis, equidem administratio legitima quam habet pater in bonis filij pendet ex patria potestate tanquam effectus à causa. Sed non quemadmodum cessante causa cessat effectus, ita dici potest cessante effectu causam cessare. An igitur patri dementi aut prodigo permittemus administrationem bonorum filij, aut ipsi filio qui fortasse dementior sit & insanior liberum patrimonij sui administrandi arbitrium relinquemus? Nequaquam. Sed patri curatorem dabimus, qui non tantùm bonorum patris administrationem habeat, sed etiam bonorum filij ex persona patris perinde acsi patris bona essent, quæ sunt filij: vt administratio bonorum filij cõfluat in administrationem bonorum patris: quasi vnum idémque sit patrimonium, sicut patris & filij vna eadémque persona esse intelligitur. Quod ad alium verò casum pertinet quo curatoris datio necessaria esse existimatur, id est, si in rem patris aliquid faciendum sit à filio, æquè ineptire pragmatici

pragmatici mihi videntur: non quòd putem permittendum patri vt in rem ſuam præſtet filio autoritatem, ſed quia officium & autoritas iudicis ſufficere in eam rem poteſt. Quis enim melius quàm iudex ipſe qui optimus ſit iuris interpres & arbiter, æſtimare poſſit quid filiũ pro patre facere oporteat? Aut quod periculum eſt ne fortè filius minor quãdoque in integrum reſtituatur ex cauſſa ætatis aut læſionis aduerſus id quod & iure cogente & magiſtratu iubente fecerit? Non enim omnia quæ à minoribus gerũtur, ſuſpecta ſunt, & periculo reſtitutionis obnoxia, ſed ea duntaxt, quæ propter ætatis lubricum & inconſultam facilitatem minori damnum adferunt. Cæterùm non videtur deceptus qui iure communi vtitur *l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.* Nec conqueri filius debet à ſe factum id pro patre, quod ni feciſſet, ingratus à patre dici, ex eáque cauſſa exheredari potuiſſet. Sic dicimus Patrem recuſante, autoritatem præſtare filio volenti agere aduerſus eum cui pater ipſe aliquid ex bonis ipſius filij aduentitiis vendiderit, cogendũ nihilominùs eſſe vt eam autoritatem præſtet, & quidẽ officio iudicis, adeóque licèt iurauerit, numquam ſe contrauenturum aut contrauenienti conſenſurum: potiùs quàm vt admittamus curatorem filio in eam rem dari, quoniam, vt Baldus tractat ad *l. vlt. §. in cõputatione. C. de iur. delib.* poteſt quis venire etiam cõtra factum proprium ratione officij ſui, & in omni iuramento & promiſſione intelligitur excepta autoritas ſuperioris. Et tamen quia fieri facilè poteſt vt paterna verecundia filium impediat ne audeat adire iudicem, vt patri imperetur neceſſitas autoritatis præſtandæ, æquiſſimè conſtitutum eſt à Iuſtiniano in *l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* vt præſcriptionis tẽpora non currant contra filiumfamilias quandiu remanet in patris vitæ poteſtate, quod & iam anteà in bonis maternis ſtatutum fuerat à Conſtantino in *l. 1. C. de bon. matern.* Quibus conſtitutionibus vtique ratio nulla conſtaret, ſi ita ius eſſet, vt etiam viuo patre dari filiofamilias curator poſſet. Imputandum enim eſſet filio cur eum curatorem non petiiſſet. Sed neque cogendus eſſet pater, etiam inuitus, autoritatem præſtare filio ad agendum, ſi alia ratione conſuli filio commodè poſſet per dationem curatoris: quomodo tamen cogi eum poſſe, officio ſcilicet iudicis, voluit Iuſtinianus in *l. vlt. §. neceſſitate C. de bon. quæ liber.*

ERROR NONVS.

De minore curatorem habente.

INTEREST ſanè an minor curatorem habeat, nécne. Etſi enim minor non aliter reſtituitur, quàm ſi læſus ſit, ſiue curatorem habeat, ſiue non; tamen cùm habet curatorem, difficiliùs ei permittitur vt contrahat ſine curatore quàm ſi nullum haberet. Nimirum ſi res ſuas vendere velit ſine decreto. Nam quod ad hanc rem pertinet non abſimilis videtur ei cui à prætore, curatore dato, bonis interdictũ eſt: vt Imperatores Diocletianus & Maximianus reſponderunt in *l. ſi curatorem habens 3. C. de in integr. reſtit. minor.* Alienatio enim rerũ minoris ſiue mobilium, ſiue immobilium, ſicut maioris, & præcipui momenti eſt, ita difficiliùs permittenda viſa fuit, ne alioqui totius patrimonij iacturã facilè minor incurrat, quod ne fiat curator ei dari in id ſolet. Sed nõ eo minùs ei permittendũ eſt vt ſtipulanti, promittendo ſine curatore ſuo, ſe obliget

l. puberes 101. *de verb. obligat.* ſicut & ſine curatore ſtipulari poſſet *l. neque tutoris. 7. C. de contr. & committ. ſtipulation.* Quamquá enim prohibita alienatione ſolét ea quoque prohibita intelligi, per quæ ad alienationem peruenri poteſt, ex obligatione autem minoris valida fieri poteſt vt ad bonorum eius diſtractionem peruenìatur, ſi is qui ritè rectéque obligatus eſt, nolit ſoluere *l. magis puto* 5. §. *ſi pupillus ſtipulanti. D. de reb. eor. qui ſub. tutel, vel cur. ſunt non alien.* tamen ea diſtractio minùs periculoſa ſuſpectáque eſt, quæ non niſi per iudicem & cauſſà cognitâ fieri poteſt, & conſequenter ita demum ſi appareat iuſtam obligandi minoris cauſſam fuiſſe, nec aduerſus eam obligationem reſtitutio in integrum ex iuſta cauſſa poſtuletur. Ex quo appareret, non rectam eſſe in omnibus prodigi, cui bonis interdictum eſt dato curatore, & minoris curatorem habentis comparationem. Nam is cui bonis interdictum eſt, non magis obligare ſe poteſt promittendo, quàm rem ſuam tradendo in alium transferre, *l. is cui bonis. 6. D. de verb. obligat.* Et ridiculi ſunt interpretes noſtri, qui quod ſcriptum eſt in *dict. l. puberes*, de eo pubere intelligunt, qui non habet curatorem, cùm tamen lex dicat *ſine curatoribus ſuis*, vt & iam ante nos *Iacobus Cuiacius* ad eum locum obſeruauit. Sed magis ridiculi ſunt pragmatici, qui minorem habentem curatorem putant in omnibus comparandum eſſe pupillo: ex eóque inferunt, nec ſi vendat rem ſuam adhibito iureiurando, poſſe tamen valere venditionem, & confirmari ex conſtitutione Friderici, quæ ſacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non rettractandis inuiolabiliter cuſtodiri iubet, *Auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi aduerſ. vendit.* Nam cùm ea conſtitutio nihil aliud requirat ad contractus quoslibet etiam alienationum validandos, niſi vt pubes fuerit is qui iurauit, quis putet puberem hoc ipſo fieri impuberem aut pro impubere habendum, quòd curatorem habeat, ne iurando obligetur? Sed & conſtat pupillum, etiamſi poſſit vtiliter ſtipulari ſine tutore, *dict. l. neque tutoris*, obligari tamen & promittere ſtipulanti niſi tutore autore non poſſe *l. ſi pupillus* 127. *D. de verb. obligat.* cùm tamen minor etiam ſine curatore ſuo rectè obligetur *dict. l. puberes.* Non igitur eadem in omnibus ratio eſt pupilli, quę minoris curatorem habentis. Et ſanè ſi verum eſt, quod interpretes omnes, itémque pragmatici clamitant, iuſiurandum poſt ſupradictam Friderici conſtitutionem habere vim decreti & ſollennitatum omnium, quas alioqui neceſſe eſſet interuenire in venditione rerum minoris, cur requiremus præſentiam curatoris, quæ vna eſt ex ſollennitatibus requiſitis? Quamquam vtrum id verum ſit, quòd iuſiurandum habeat vim decreti omniúmq. ſollennitatũ, quoniam id quoque mihi ſuſpectum eſt, alio loco diſcutiendum erit.

ERROR DECIMVS.

Vbi conueniri debeat is qui ex cauſſa euictionis vel mandati autor laudatur.

TRITVM eſt, vẽditorem ſequi forum & iudicem emptoris, *l. vẽditor 49. D. de iudic. l. 1. in fin. Cod. vbi in rem actio.* Sed tamen à pragmaticis omnibus id peſſimè acceptum eſt. Putant enim, ſi quis tanquam venditor laudetur autor ab emptore cui res euincitur, in eámque rem conueniatur

niatur ad rem defendendam, cogi illum apud emptoris iudicem litigare, nō ſolùm ſi fateatur ſe teneri, quod ſanè dubitationem non habet, ſed etſi neget ſe vendidiſſe, aut de euictione obligatum eſſe, aut quid aliud alleget propter quod litem defendere non teneatur. Quod vtique falſum eſt, & ex recta iuris ratione defendi nullomodo poteſt. Nam ſiue quis ex vendito agat, ſiue ex cauſſa mandati conueniatur, vt litem pro alio ſuſcipiat, is neceſſe eſt vt ex contractu, vel ex quaſi contractu conueniatur; ergo perſonali actione. Perſonales enim actiones eæ ſunt omnes, quæ vel ex contractu vel quaſi, vel ex delicto vel quaſi proficiſcuntur. Porrò in eo perſonalium actionum genere apertiſſimum & perpetuum ius eſt, Actorem forum rei ſequi debere *l. 2. C. de iuriſdict. omn. iudic.* Quod & in actionibus in rem locum habet, niſi quo eo caſu, etiam in iis locis in quibus res propter quas contenditur, ſitæ ſunt, actio in rem contra poſſidentem exerceri poteſt *l. vlt. C. vbi in rem act. exercer. deb.* Nec huic noſtræ ſententiæ repugnat quod ſcriptum eſt in *d. l. venditor.* Tractat enim illo loco Paulus de venditore qui ab emptore denunciatus vt eum euictionis nomine defenderet, non negabat ſe teneri, ſed dicebat ſe ſui iudicis priuilegium habere, & ex ea cauſſa volebat litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem & emptorem cœpta erat, ad ſuum iudicem reuocare. Id verò fieri debere negat Paulus, & optima ſanè ratione, quòd venditor ſoleat ſequi forum emptoris. At nos de eo venditore agimus, qui negat ſe teneri ad litem pro alio ſuſcipiendam, quíque ſui iudicis priuilegium allegat vt propriam litem tractet, non vt alienam. Qui caſus certè diuerſus eſt, nec minùs indubitati iuris, vt apud ſuum, non apud alienum iudicem conueniatur qui ex propria perſona proprióque contractu conuenitur: nec alia ſententia eſt *dictæ l. 1. C. vbi in rem actio. exerc. deb.* in vltimis illis verbis, *Nec enim iuriſdictionis forma in eadem prouincia conſtitutis, tam petitore quàm poſſeſſore ob auctoris perſonā quàm in alia prouincia dicis conſiſtere, debet immutari.* Agebatur enim illo etiá loco dē vēditore cui litē poſſeſſor denūtiauerat, quíq; nihil allegabat quominus euictionis periculum præſtare deberet, vt præcedentia illa oſtēdunt, *Nā ſi denuntiaſti ei qui tibi vēdidit, intelligis euictionis illi periculū imminere.* Et hic ſanè error mihi ſemper viſus eſt ſtolidiſſimus & ineptiſſimus omnium, quotquot pragmaticorum inſcitia vēl induxit vnquam, vel admiſit, nec poſſum ſatis mirari qua infelicitate factum ſit, vt in ſupremis quoque tribunalibus inualuerit. Quæ de venditore diximus, eadem obtinent in eo qui fideiuſſorem dedit ſi à fideiuſſore ex cauſſa mandati ad litem defendendam vrgeatur.

* *

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS SEPTIMA.

ERROR PRIMVS.

De rescindentis & rescissorij iudicij cumulatione.

QVOD moribus Galliæ primùm inductum, & ad vsum nostrũ forensem traductum est, vt rescindẽtis & rescissorii cumulatio admittatur, id pragmatici plerique putant à iuris communis ratione non abhorrere. Sic enim Imbertus in Enchiridio scribit post Speculat. *Tit. De in integr.restit.* Ex *l.in causſa* 13. §. *interdũ. D.de minor. vigintiquinq; ann.* vbi Vlpianus scribit nõ esse nouum vt & in rem restitutio detur minori, id est, etiam aduersus rei possessorem, licèt cum eo contractum non sit. Vt puta, inquit, rem à minore emisti, & alii vendidisti. Potest desiderare interdum aduersus possessorem restitui ne rem *suã* perdat, vel re sua careat; & hoc vel cognitione prætoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Ego verò aulim dicere ius hoc nostrum forense & consuetudinarium hac etiam parte, si qua vnquam in alia, cum iure scripto dissentire. Nam cùm restitutio in integrum detur ad distrahendum negotium quod inique contractum fuit, non magis fieri potest, vt non sit personalis ea actio quàm si competeret ex contractu ad distractum, vt in specie *l. ex empto* 11. §. *is qui vina. D. de action. empt.* Iudicium autem quod in rem ipsam datur, fieri nequit vt priùs detur, quàm rescissa sit alienatio: vt & Vlpianus ipse fatetur in *dicto §. interdum.* Siquidem quandiu tenet alienatio, non potest videri dominus esse is qui rem suam alienauit. Proinde nec actionem in rem habere interim potest, quæ non nisi domino datur, *leg. in rẽ* 23. *D. de rei vindicat.* Est igitur iudicium rescindens præparatorium rescissorii, nec ssarióque præcedere debet, nisi aliquid sit quod faciat, vt eius qui rem possidet, non alia, quàm eius qui ipse contraxit, ratio constituẽda videatur; vt puta, si is qui contraxit, nomen suum duntaxat accommodauerit possessori, dolúsque possessoris interuenerit in contractu cum alio ineundo. Hic enim meo iudicio, sensus est Vlpiani in illis verbis, *vel cognitione prætoria.* Nam quemadmodum in integrum restitutio minorum in hoc cæteris fauorabilior est, quòd non iudicis dati, vt cæteræ, sed ipsius prætoris autoritate indulgetur, vt edicti verba demonstrant (ait namque Prætor, *animaduertam*, non vt in aliis *iudicium dabo.*) Ita pleniorem habet causſæ cognitionem, magísque liberum admittit arbitrium prætoris, vt ex causſa etiam possessorem condemnet, quàm si per iudicem datum res expediretur. Quomodo enim iudicium in rem daret prætor, nisi sub hac formula,

si appa-

ſi apparebit rem eſſe petitoris. Quomodo autem poterit conſtare rem eſſe petitoris niſi priùs reſciſſa ſit alienatio? Id enim eſt quod Vlpianus ſubiicit, *vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio*, vt minori iudicium in rem detur poſt alienationem reſciſſam beneficio in integrum reſtitutionis. Cumulari ergo huiuſmodi actiones non poſſunt: earum enim demum cumulatio fieri dicitur quæ ſimul & ſemel tractantur, & inter quas nullus ordo ſit, nec alteram altera aut præcedat, aut ſequatur: quomodo ſe habent inter ſe actio perſonalis & hypothecaria contra debitorem, vindicatio & actio ex vendito contra eum qui rem alienam dolo malo vendidit domino ignoranti, necdum tradidit, & aliæ ſimiles ſexcentæ. Erit autem res apertior, ſi de aliis cauſſis in integrum reſtitutionis tractemus. Actio enim De eo quod vi metúſve cauſſa geſtum erit, quoniam in rem ſcripta eſt, datur contra quemlibet poſſeſſorem, etiam qui neque vim neque metum intulerit: ideóque probata vi vel metu per quemcumque illato condemnatur poſſeſſor ad rem reſtituendam, non duabus actionibus in id cumulatis, ſed vnica illa actione quæ ipſa in integrum reſtitutio eſt. Cur enim duas actiones inducamus cùm vna ſufficiat? Quamquam ſi velit, etiam in rem agere poteſt, quaſi qui dominus manſerit *l. metum 9. §. volenti & §. licet de eo quod met. cauſ. l. 3. C. eod.* Illa quoque reſtitutio quæ datur ex capite De dolo, licèt in perſonam tantùm ſit ex parte agentis, tamen non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij, quia dolum manifeſtis indiciis priùs probatũ eſſe neceſſe eſt, adeóque reſciſſum eſſe id quod dolo malo geſtum eſt, quàm ad poſſeſſorem peruenirí poſſit. Sed nec impetrata reſtitutione ex cauſſa doli fieri poteſt vt ad poſſeſſorem perueniatur, ne quidem poſteà, quoniam is aduerſus quem reſtitutio impetrata eſt, ſi rem non reſtituat, condemnari ſolet, & debet in id omne quod intereſt actoris qui dolum malum paſſus eſt. Poſteà verò quàm conſecutus ille fuit quicquid ſua intereſſe potuit, iam nulla cauſſa eſt actionis ei indulgendæ contra poſſeſſorem. Illud enim actionibus omnibus commune eſt, ſiue in rem ſint, ſiue in perſonam, vt non alij dentur quàm cuius intereſt. Quòd ſi ponas eum qui dolum admiſit & condemnatus eſt, ſoluendo non eſſe, ne tum quidem poſſeſſor erit inquietandus, quoniam actio de dolo, & in integrum reſtitutio quæ ex ea cauſſa competit, non datur fauore eius qui dolum paſſus eſt, ne quid damni ſentiat, ſed odio eius duntaxat qui dolum fecit, ne ex dolo ſuo lucretur. Nos autem de eo poſſeſſore loquimur qui bonæ fidei ſit, & qui dolum nullomodo participauerit. Alioqui eſſet is ipſe conuenendus non neceſſario iudicio, ſed propria actione de dolo, ſi dolum participaſſet. Multò minùs igitur quis admittat hoc caſu reſcindentis & reſciſſorij cumulationem. De ſola in integrum reſtitutione quæ minoribus læſis datur, tractari & dubitari poteſt: in qua ſanè ſpeciale eſt, vt non tantùm contra eum detur qui cum minore contraxit, ſed interdum etiam contra poſſeſſorem, ſcilicet quia non tam cõpetit odio eius qui minorem decepit: (quòd ſi eſſet, non poſſet ea deceptio bonæ fidei emptorẽ cõtingere) quàm fauore minoris ne ré ſuã perdat, néve re ſua careat, vt Vlp. loquitur in *d. §. interdũ.* Cui cõſequẽs eſt, vt non aliter minori ſuccurrendum ſit aduerſus bonæ fidei poſſeſſorem, quàm ſi periclitetur minor de damno, aut ſi de ea re agatur qua cogi cùm carere iniquum ſit. Prius contingit, ſi is qui cum minore contraxit, non ſit ſoluendo, vt indemnem ſeruare minorem poſſit, poſterius verò ſi ponas alienatam à minore rem preciosam, & quam habere ipſius interſit potiùs quàm

ipsius æstimationem, propter iustam & probabilem adfectionem. Finge domum paternam esse in qua sint maiorum imagines & alia eiusmodi ad virtutis & honoris studium incitamenta. Nam & ex hac causa minorem in integrum restitui posse placuit, licèt damnum pecuniarium nullum emergat *l. si in emptionem* 35. *D. eod. titul.* Itaque eleganter Vlpianus hæc duo accepit quasi separata, quæ tamen prima facie possit quis in eundem sensum vsurpare *ne rem suam perdat, néve re sua careat.* Interdum enim sufficit minori si indemnis seruare possit ne patrimonium suum diminuisse videatur, licèt futurum sit vt re sua careat. Interdum contrà sufficit ad indulgendam minori restitutionem, quòd alioqui re sua cariturus sit, licèt non moretur in damno. Ergo si is qui cum minore contraxit, soluendo sit, & de ea re agatur in quam non cadat probabilis & iusta minoris adfectio, nulla minori danda est actio contra possessorem, nec si scienter emerit rem quam sciuit à minore sic alienatam fuisse vt tamen aduersus primum emptorem restitutio concedi potuerit, vt apparet ex ea distinctione quam eodem loco Vlpianus subiicit, iuncta lege sequenti. Falsum igitur est fieri hoc casu rescindentis & rescissorij cumulationem. Sed & cum rescisso contractu per minorem inito datur actio contra possessorem iis nimirum casibus quibus alioqui minor aut damnum sensurus, aut re sua preciosa cariturus esset, cumulatio tamen dici non potest actionum quæ non contra vnum eundemque possessorem, sed contra plures competunt. Potiùs enim dicenda esset actio rescissoria, executio rei iudicatæ in caussa restitutionis in integrum quàm actio cumulata. Nec sanè quicquam in eo absurdi est secundùm hanc nostram interpretationem vt executio impetratæ restitutionis sit expeditior, nec possit quandoque possessor dicere collusum fuisse inter minorem, & emptorem condemnatum.

ERROR SECVNDVS.

De tertio possessore rei à minore alienatæ & per in integrum restitutionem petitæ.

IGNOSCENDVM esset pragmaticis, si iuris ignoratione errarent in ea duntaxat verborum significatione assequēda, quæ iureconsultorum propria est, & ex qua tamen pendet tota cognitio principiorum. Sed ferre non possum vt errent in suis ipsis etiam erroribus, & hoc ipsum in quo priores pragmatici erarunt aliter accipiant posteriores, quàm priores senserint. Nam quod illis placuit admittendam esse rescindentis & rescissorij cumulationē, isti sic intelligunt vt restitutio in integrum, quæ minori ex edicto competit aduersus eum, cum quo minor contraxit, possit rectà exerceri contra tertium possessoré, adeóque inaudito & non vocato eo, cum quo contractū fuit. Quod tamē tā absurdū est, quàm quod absurdissimū: cùm restitutio in integrū quæ cōpetit minori nō possit esse nō personalis, quandoquidē in id datur vt quod cū alia persona gestū est rescindatur: alioqui si nihil cū minore gestū sit, non datur restitutio *l. ait prætor* 7. *D. de minor.* Nec sanè vsquā scriptū est restitutionē in integrū dari minori cōtra tertiū, hoc sensu, vt de iure & æquitate restitutionis tertius qui non contraxit disputare cogatur. Datur quidem interdū hactenus vt cùm rescissus fuerit contractus, audito scilicet & condemnato eo

to eo qui minorem læsit, cogatur tertius rem restituere quæ fuit minoris, vt scriptum est in §. *interdum. l. in causſa* 13. *eod.* quo casu non tam restitutio ipsa quàm vis & effectus restitutionis contra tertium dirigitur: sed vt tertius qui neque contraxit, neque tractatui interfuit, compellendus sit suscipere litẽ de in integrum restitutione, nulla certè ratio patitur aut iuris aut æquitatis. Ea namque causæ cognitio quæ circa concedendã vel denegandam restitutionẽ versatur, pendet vt plurimùm ex iis quæ in tractatu habendo interuenerunt, quæ aliquãdo sunt eiusmodi, vt minor qui restitutionẽ petit, decepisſe potiùs quàm deceptus fuisſe videatur. Quorum tamẽ omnium vix est vt conscius sit & gnarus is, qui bona fide ab eo emit, cum quo minor contraxit. Dices fortasſe, tertium illum possessorẽ si à minore rectà inquietetur, ius habere denunciandi sui venditoris, qui litẽ vt propriam suscipiendo, aduersus minorẽ disputaturus sit de iniquitate restitutionis. Sed quænã, obsecro, præposterа hæc litigandi ratio est, vt is cuius damno restitutionis euẽtum cedere oportet, qui ipse contraxit, qui denique ex contractu obligatũ habet minorẽ, id vnum agentem vt contractus dissoluatur, non à minore ipso, sed ab emptore cui nihil imputari potest, emptorisque sumptibus & periculo ad restitutionẽ impediendam euocetur. Errorem autem pragmaticorum illud apertiùs detegit, quòd quemadmodum volunt admittendam esse omni casu rescindentis, & rescissorij cumulationem, ita omni casu patiuntur tertium possessorem condemnari vt restituat rem minori, si is in causſa restitutionis obtinuerit, quasi fieri nequeat vt melior condicio sit eius qui emit ab eo cum quo minor contraxit, quàm ipsius primi contrahentis. In quo apertè vim faciunt Vlpiano, & etiamsi Vlpianus non esſet, certissimæ iuris rationi. Quis enim non æquum putet, vt qui cum pupillo contraxit, eúmque decepit, siue ex proposito, siue in re ipsa dolus interuenit, deterioris condicionis sit, quàm qui posteà à primo emptore, fortasſis maximo & immodico precio, quòd primus ille vilissimo compararat? Aut quomodo potest videri minor læsus ab eo cum quo nihil gessit? Aut denique quid minoris interest, à quo res sua possideatur, si obtenta restitutione, indemnitatem, litisque æstimationem consecutus sit ab eo per quem fuerat deceptus? Nisi fortè proponas talem rem esse, quam interſit maximè minoris habere potiùs quàm rei æstimationem, quo casu superiore capite diximus permittendum minori, vt rem quondam suam euincat, propter iustam & probabilem adfectionem ex *l. si in emptionem* 35. *D. de minor.* eámque Vlpiani sententiã esse in *d.* §. *interdũ*, in illis verbis *vel re sua careat.* Sed hoc ipsũ cogit nos vt fateamur, si aliud nihil sit, nisi quòd minor læsus fuerit in rei suæ & hereditariæ venditione, nihil constituendũ esse contra tertiũ possessorem. Non enim iusta & probabilis illa minoris adfectio est, si dicat malle se rẽ habere, ob hoc solùm quòd aliquando sua fuit. Qui perpetuus pragmaticorũ error est. Sed & quod magis quis mirari possit, ea Vlpiani sententia esse videtur in *d.* §. *interdũ*, vt nõ solùm ex parte minoris distinguendũ sit, an ab eo cum quo cõtraxit, indemnis seruari possit, iustámve & probabilem habeat rei suæ recuperandæ adfectionem, sed etiam ex parte possessoris, an bona fide contraxerit, nécne, nimirum vt intelligamus si bonæ fidei emptor fuit, non esse permittendum minori, qui in causſa restitutionis obtinuit, vt eum inquietet, nec eo quidem casu quo alioquin permitteretur, id est, etiamsi minor iustam habeat adfectionis causam, dummodò prior emptor idoneus sit & soluendo: quia scilicet maior ratio est vt

poſſeſſori faueamus, qui bonam fidem in contrahendo habuit, & cui proinde nihil imputari poteſt, quàm minori, cui ſaltem hoc ipſum imputari poteſt cur contraxerit, & rem ſuam alienauerit. Tractamus enim de contractu qui ipſo iure valuerit, & conſequenter ex quo alienatio, dominiique tranſlatio ſecuta ſit: quoniam ſi poneres rem immobilem ſine decreto & ſine iureiurando venditam fuiſſe, reſtitutio in integrum neceſſaria non eſſet, daretúrque minori tanquam domino aduerſus quemcunque poſſeſſorem directa vindicatio. *l. non eſt vobis 2. C. de præd. minor.* Et verò ſi aliter Vlpianum intelligeres, vix dici poſſet quo ſupradicta diſtinctio pertineret. Coniunctio enim legum quæ ex Paulo & Caio ſubiiciuntur, oſtendit ſatis, diſtinctionem Labeonis quam ex Pomponio Vlpianus refert, & quam Iureconſulti probarunt eá fuiſſe, vt ſi tertius poſſeſſor in mala fide eſſet, id eſt, non ignoraret ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta eſſent, omnimodo daretur aduerſus eum reſtitutio: ſin bonam fidem haberet propter ignorantiam, non alio caſu ſuccurri oporteret minori aduerſus ignorantem, quàm ſi prior emptor ſoluendo non eſſet. Nam vt Paulus ex eodem Pomponio dicebat, quandiu is qui à minore rem accepit, aut heres eius idoneus eſt, nihil noui conſtitui debet in eum qui eandem rem poſteà bona fide emerit: id eſt, de impetrata quidem reſtitutione aduerſus priorem emptorem, eóque condemnato. Tantum abeſt vt eo inaudito poſſeſſorem quemlibet ſine vlla bonæ vel malæ fidei diſtinctione à minore per in integrũ reſtitutionem omni caſu, id eſt, & pro re qualibet, & tum etiam cùm prior emptor ſoluendo eſſet, inquietari poſſe reſponſuri fuerint prudentes, ſi eos pragmatici cõſuluiſſent. Itaque quod interdũ, & nonniſi ex magna cauſſa minori permittendum eſſe Iureconſulti voluerunt, pragmatici noſtri ſemper & indiſtinctè admittunt, & ad *omnes res*, omnéſque tam minorum quàm poſſeſſorum perſonas protrahũt, non modò inuita iuriſprudentia, ſed etiam, quod mirabilius eſt, inuito *Bartolo*, qui ad eũ Vlpiani locum verè magis quàm ſubtiliter adnotauit. Prioris contrahentis bona priùs diſcutienda eſſe per minorem, quàm ad tertium poſſeſſorẽ quem ignorantia excuſat peruenire poſſit. Illud tamen apud ipſos quoque Iureconſultos obſeruari volo, quod illi aiunt de malæ fidei poſſeſſore ſic accipiendũ eſſe, non vt malæ fidei poſſeſſor quis ſit ex hoc ſolo, quòd cùm emeret ſciuit rem illam fuiſſe aliquãdo minoris, ſed ita demum, ſi quomodo Vlpianus loquitur, *ſciuit rem ita geſtam*, id eſt, tic contractũ fuiſſe cum minore, vt is læſus fuerit, ex eáque cauſſa in integrum reſtitutionis quandocunque poſtulandæ ius habuerit. Fieri namque poteſt vt quis ſciat rem minoris aliquando fuiſſe, nec tamen ſciat deceptum minorem: nimirum ſi quod ſæpenumero euenit, minùs aperta ſit læſio, aliáve cauſſa reſtitutionis, putà dolus primi emptoris. Alioqui eſt ſanè quod imputetur ei qui emit rem, quam ſcit minoris fuiſſe, ſi non fuerit diligentior, adeóque curioſior in inquirendo, quomodo res geſta ſit inter minorem & priorem emptorem, id eſt, an minor læſus fuerit & aduerſus contractum ſuum ex ea cauſſa reſtitui potuerit, nécne, arg. *l. doli 19. §. diuerſum D. de nouat. l. vir vxori 17. D. ad S.C. Velleian. l. vlt. De exercit. act.*

ERROR TERTIVS.

De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodica læſionis.

SED

SED illud multò absurdius & intolerabilius est quod ijdem pragmatici inuexerunt, cùm maior annis vigintiquinque ex caussa immodicæ læsionis petit restitutionem in integrum aduersus venditionem. Putant enim si læsus sit venditor vltra dimidiam iusti precij, & ea res ab emptore rursus alienata sit, dandam venditori restitutionem, non modò aduersus priorem emptorem, sed etiam aduersus posteriorem, eundémque possessorem, idque indistinctè, id est, siue proponas bonæ fidei possessorem esse qui ignorauerit ea quæ inter venditorem & priorem emptorem gesta sunt, siue malæ fidei possessorem qui sciuerit: Itémque siue primus emptor soluendo sit, siue non. In quo constituunt prorsus eandem rationem minoris & maioris in iure petendæ restitutionis contra tertium possessorem: imò meliorem faciunt conditionem maioris, quàm ex iuris ratione debeat esse minoris, secundùm ea quæ proximè disputauimus. Vtrumque autem ideò solùm, quòd permissa sit, inquiunt, rescindentis & rescissorij cumulatio. Nos verò iam in superioribus docuimus, errore primùm inductum illud esse, vt rescindentis & rescissorij cumulatio admittatur, cùm priores pragmatici ita se facere putarent ex vera strictáque iuris ratione, potiùs quàm vt ab eo recederent, quod iure cõmuni cautum esset. Deinde monuimus, si quando permittendum sit ei qui petit restitutionem, vt eam impetret contra tertium possessorem, hactenus id ei indulgẽdũ esse, vt tamen priùs & ante omnia de iure & æquitate restitutionis disceptetur inter eos qui inuicem contraxerunt, vt quæ actio in possessorem dirigitur, magis spectet ad executionem rei quæ inter alias iudicata erit, quàm ad caussam ipsam iudicandæ restitutionis. Id enim est quod Vlpianus scribit in *dict. l. in caussa* 13. *§. interdũ De minor. Interdũ restitutio & in rem datur minori*, hoc est, non tantùm in personam eius qui cum minore contraxit, sed etiam aduersus rei possessorem, licèt cum eo non sit contractum. Vt intelligamus hoc etiam casu dari nihilominus in personam quæ contraxit, non in rem solùm: Sed & probauimus speciale ius illud esse in minore propter fauorem, & priuilegium ætatis vt in rem aliquando petere possit restitutionem: Nec idẽ recipiendum esse in maiore, non solùm si de immodica duntaxat læsione, sed nec si de dolo illius cum quo contraxit conqueratur, ex eáque caussa restitui velit, quia dolus ex proposito non afficit rem sed personam duntaxat, & quidem eius solius qui dolo malo quid admisit, non etiam illius qui à doloso cõparauit, quam in rem textus est apertissimus in *l. dolus* 10. *Cod. de rescind. vendit.* Quod si ita est, multò minus rem ipsam afficiet dolus qui nõ ex proposito, sed tantùm in re ipsa interuenerit, de quo in *l. si quis cum aliter* 35. *De verborum obligationibus*, quem etsi dolo ex proposito nostri comparant, nec satis rectè, vt alibi tractauimus, non est tamen ex interpretibus aut pragmaticis qui meliorem faciat conditionem eius qui dolum in re ipsa passus est, quàm eius qui ex proposito deceptus fuit. Quamquam nec dolum in re ipsa colligunt ex sola immodica, & vt vocant, enormi læsione, sed ex ea tantùm quæ sit enormissima, id est, quomodo ij ipsi interpretantur, vltra bessem. Quo admisso dici sanè minùs potest eum qui immodicè læsus fuit, & enormiter duntaxat non enormissimè hoc ipso habere rẽ affectã, vt eã per in integrũ restitutionẽ persequi possit aduersus possessorẽ. Denique nec minori ipsi semper indulgemus restitutionẽ in integrũ, etiã cõtra possessorẽ, sed interdũ, vt Vlpianus loquitur in *dict. §. interdum*, id est, vt nos ex eodẽ Vlpiano, Pomponio

& Paulo explicauimus,ita demùm ſi is cum quo minor contraxit, non ſit ſoluendo,nec aliter fieri poſſit vt minor indemnis ſeruetur, quàm ſi actio ei detur contra tertium,licèt bonæ fidei poſſeſſorem, quamuis indemnitas minori præſtita ab eo qui cũ minore contraxit, aut ab eius herede non faciat quominùs minor re ſua carere cogatur. Sufficit enim vt rem ſuam non perdat,id eſt,vt pro re ipſa habeat litis æſtimationem,hoc eſt,quãti ſua intereſt, in quo ipſum quoque precium rei continetur *l.1. D.de act. empt. l.in interdicto 6.D. vnde vi.* Niſi ipſius omnimodo interſit vt rem ipſam præciſè habeat,nec ea careat,vt in ſpecie *l.ſi emptionem 35.* D *.de minor.* Alioqui ſi quod Vlpianus ait in *d.§.interdum ne rem ſuam perdat,vel re ſua careat*,ſic intelligeres quomodo pragmatici intelligunt, vt toties reſtitutio in rem danda ſit minori, quoties aliter futurum eſt vt re ſua careat,inepta eſſet diſtinctio illa in qua tamen Vlpianus ipſe cæterique prudentes tantopere ſibi placent, an is qui cum minore contraxit,eiúſve heres ſoluendo ſit,nécne.Quantumuis enim ſoluendo *ſit*, tamen facere id non poteſt vt re ſua carere non cogatur ſi non liceat ei agere contra tertium poſſeſſorem qui rem ipſam habet, quemadmodum ex contrario ſi permittas ei agere contra poſſeſſorem vt ei rem ipſam aufferat, fruſtrà quæras an prior emptor ſoluendo ſit nécne,cùm etiamſi maximè ſoluendo eſſet,nihil tamen deberet minori qui iam rem ſuam eſſet à poſſeſſore conſecutus. Et tamen apertiſſima ſunt Vlpiani & Pauli verba quandiu *is qui à* minore rem accepit,aut heres eius idoneus ſit,nihil noui conſtituendum eſſe in eum qui rem bona fide emerit,id eſt,aufferri ei rem non debere. Parum igitur curandum eſt, an futurum ſit vt minor re ſua careat, dũmodo rem ſuã non perdat, quam certè non perdit, quoties pro re accepit reſtitutionis beneficio litis æſtimationem,licèt re ipſa careat,quia eam nec habet,*nec habere* poteſt,poſtquàm deſiit ipſius intereſſe. Ita autem conſtituto circa minorem iure, quis non videt in eo qui maior ſit eſſe omnia diſſimilia, aliúdque iuris omnino conſtitui oportere? Maximè verò ſi non niſi ex cauſſa immodi cæ læſionis reſtitutio petatur.Nam qui ſe in precio læſum conqueritur, nec ſe enormiſſimè læſum allegat,vt ex pragmaticorũ ſententia contra pragmaticos diſputem,ſed enormiter duntaxat,non id agit vt rem ſuam præciſè habeat,ſed tantùm vt indemnis ſeruetur: Quandoquidem cogitur electionem dare emptori, vt vel rem ipſam reſtituat recepto precio quod dedit, vel iuſtum precium ſuppleat *l.2.Cod.de reſcind.vendit.* Itaque ſi iuſtum ei precium ſuppleatur,deſinit habere actionem. Cur ergo permittatur ei vt agat contra tertium poſſeſſorem eo ſaltem caſu quo is ipſe qui contraxit, eiúſve heres idoneus ſit & ſoluendo? Is enim vtique iuſtum precium ſuppleturus eſt, cùm rem ipſam quam non habet reſtituere nullomodo poſſit. Quinimò cùm per eum factum ſit ne rem ipſam poſſit reſtituere,quam vltro alienauit, non abſurdè quis dixerit poſſe eum vrgeri præciſè vt iuſtum precium ſuppleat. Fruſtra ſiquidem electio detur ei qui eligendi facultatem non habeat. Niſi quis dicat,poſſe fieri vt electionis commodum ei ſaluum eſſe debeat, ſi fortè minore precio ab eo ipſo cui vendidit redimere rem poſſit. Sed quamquam ea ratio facere poteſt vt ſi rem ipſam præſtare velit quam ſic redemerit,debeat audiri,eſt tamen id alienius & inexpectatius,quàm vt dicẽdus ſit petitor malè egiſſe qui contra eum egerit ad iuſti precij ſuppletionem præciſè, nulla illi relicta electione. Proinde quidni ſecurus erit emptor poſterior quandiu

à priore

à priore eiúſve herede indemnis ſeruari actor poteſt, eique iuſtum pretium ſuppleri? Quod ego non illo tantùm caſu admittendum arbitror, quo tertius poſſeſſor bonam fidem habere proponatur, propter iuſtam ignorátiam precij in priore venditione conuenti, ſed illo etiam quo proponas ſecundum hunc emptorem ſciuiſſe quę inter priores contrahentes geſta ſunt, & quàm vili precio res primùm venerit. Ea namque ſcientia non impedit quominus is qui acquirit à priore emptore, poſſit credere ſe tutò emere, dúmodò ſciat eum à quo acquirit, ſupplendo iuſto precio imparem non eſſe, cùm nihil aliud ſit quod reſtitutionis poteſtate extorqueri poſſit ab inuito emptore quàm rem ipſam à ſe iam alienatam reddere ampliùs non poteſt. In eóque ſanè æquum eſt meliorem eſſe condicionem minoris vigintiquinque annis quàm maioris, vt ætatis fauor & priuilegium reſtitutioni patrocinetur. Plus dico, etiamſi prior emptor ſoluendo non ſit, nihil tamen aduerſus poſteriorem conſtitui debere, nec ſi ea quæ inter venditorem & priorem emptorem geſta ſunt non ignorauit: ſicut euenire iá diximus in ea reſtitutione quę petitur ex capite doli, nempe quia reſtitutiones iſtæ non conceduntur fauore actoris, quomodo fauore ætatis conceditur illa quæ minori datur, ſed odio eius qui conuenitur, hæc odio doli & doloſi, illa odio læſionis, & conſequenter eius qui venditorem læſit, nemo autem dixerit odium eius qui alium vel decepit dolo malo, vel citra dolum læſit, ei nocere oportere qui neque deceperit, neque læſerit, cùm fieri facilè poſſit vt poſterior is emptor deceptus ſit à priore, ac multò pluris emerit, non modò quàm prior emptor compatallet, ſed etiam quàm quanti re vera res fuit. Sola reſtitutio quæ maioribus competit ex capite edicti *De eo quod met. cauſſ.* alio iure vtitur. Datur enim contra quemlibet poſſeſſorem etiamſi is metum non intulerit, ideóque dicitur in rem ſcripta eſſe. An quòd odioſior ſit vis quàm dolus? Minimè. Neque enim poteſt odium vis priuatæ aut publicæ tantum eſſe vt damno afficere debeat eum qui neque vim, neque metum intulit, ſed quia cùm metus in eo ſit qui alienat, & vim patitur, dolus autē in eo qui acquirit dolo malo, minùs videtur alienationi conſentire is qui vi & metu, quàm qui deceptus alienat, ideóque dicitur rem in bonis ſuis retinere, habétque vtilē ſi velit vendicationē, *l. metum 9. §. volenti & §. licet de eo quod met. cauſſ. l. 3. C. eod.* maiorēque fauore dignus eſt contra quemcunque poſſeſſorem, quia non dicit aduerſarium aliquid feciſſe, ſed ſeipſum vim & metum paſſū eſſe, quæ ſola huius reſtitutionis cauſſa eſt, nec minùs vera & æqua ſi contra eū agatur qui metū non intulit, quàm ſi ille ipſe intuliſſet. Vnū eſt quod pro tuēdo pragmaticorū errore vrgere maximè videtur, quódque ſemper in ore habent, Alienationē ſcilicet fieri non poſſe niſi cum ſua cauſſa, *l. alienatio 67. D. de cōtr. empt.* Ex eo namque inferunt, rem alienatā quę penes primum emptorē fuit in ea cauſſa, vt per in integrū reſtitutionē redhiberi quádocunque poſſet, non potuiſſe in ſecundū emptorem alienari, niſi eadē lege & conditione vt reſtitutionis periculo maneret obnoxia. Sed reſpondendum eſt quod illi non intellexerunt, regulam illam quæ habet alienationem, fieri cū ſua cauſſa, de ea demum cauſſa accipi debere, quæ rem ipſam afficiat, vt puta, ſi res fuit obligata, aut legata ſub conditione ante alienationem, aut ea lege vendita vt retrouenderetur. Omnes enim pactiones quæ fiunt in traditione rei quæ alienatur, rē ipſam afficiunt, & conſequenter obligant poſſeſſorē, cùm nō aliter fuerit primus alienator rē ſuā alienaturus *l. ſi cùm vēderet 13. D. de pign. act. l.*

venditor.13.D.commun.prad. Cæterùm ſi quis exiſtimet rẽ alienatã nõ poſſe meliore conditione eſſe apud emptorem, quàm futura eſſet penes venditorem, is proculdubio errauerit. Alioqui dicẽdum erit, ſi debitor chirographarius iam condemnatus aliquid ex bonis ſuis vendiderit, priuſquàm in executione iudicati pignora caperentur, permittendum eſſe victori vt eam rem pignoris iure capiat, quoniam alienationis tempore in ea cauſſa res illa fuit vt pignoris iure capi poſſet ſi in debitoris dominio manſiſſet. Et tamen dici hoc non poteſt, quia certum eſt debitoris chirographarij bona non eſſe creditori obligata, ne quidem poſt condemnationem, priuſquàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit, nec ſi ea alienatio in fraudem facta proponatur, quo caſu reuocatoriã neceſſariò agendũ eſt, priuſquàm ea res pignori capi poſſit, quaſi in bonis adhuc manſerit debitoris. Addunt pragmatici reſoluto iure datoris, reſolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali. D. de pignor.* Sed intelligi id debet de reſolutione quæ fiat ipſo iure, aut cõuentionis poteſtate, nõ extraordinario auxilio reſtitutionis ex ſola æquitate contra ſtricti iuris rationẽ.

ERROR QVARTVS.

Si is qui à minore emit, aut à maiore læſo vltra dimidiã iuſti pretij petente reſtitutionem, abſens ſit, aut contumax, aut ſine herede deceſſerit.

QVI inter pragmaticos videri volunt ſubtiliores, fatentur quidem neque minorem, neque eum qui ex cauſſa immodicę læſionis reſtitutionem petit cõtra tertium poſſeſſorem, *priùs audiendum eſſe*, quàm egerit cõtra priorem emptorem, cũ quo cõtractum eſt; ſed ſi prior ille emptor aut abſens ſit, aut cõtumax, putãt poſſe id ſufficere actori vt etiá aduerſus poſteriorem emptorẽ paratum habeat auxilium reſtitutionis, quaſi ſatis excuſſo eo qui abſens aut cõtumax probetur. Non enim ſimilem eſſe excuſſionem hanc ei quæ fit à pignoratitio creditore contra tertium poſſeſſorem hypothecariam exercente, quam iidem pragmatici volunt ad peram vſque & ſaeculum fieri oportere. Propterea quòd, inquiunt, hæc quæ facienda eſt in cauſſa reſtitutionis, non aliam rationem habeat, quàm vti ne de reſtitutionis iure & æquitate diſceptare cogatur is qui neque contraxit, neque tractatus initi rationes vllomodo perſpectas habet: nihil autem imputari poſſit ei qui per abſentiam aut contumaciam prioris emptoris cogitur agere rectà contra poſſeſſorem. Quæ ſententia non plura verba continet, quàm errata. Nam cùm abſens eſt à prouincia is qui contraxit, nihil vetat dari curatorem abſentis bonis, qui curator perſonam abſentis repræſentet, actionémque in integrum reſtitutionis excipiat, & ex inſtrumentis fortaſſe quæ in bonis reperiet, agentis intentionem excludat. Proinde nihil cauſſæ eſt cur ex ſola primi emptoris abſentia reſtitutionem contra poſteriorem tam facilè dari oporteat. Quòd ſi primus emptor ſit quidem in prouincia, ſed contumax, qui ritè ac legitimè ad iudicẽ euocatus adeſſe nolit, fateor poſſe contra eũ ſequi condemnationem, & perinde reſcindi contractũ acſi de reſtitutionis æquitate inter præſentes diſceptatũ fuiſſet, quoniá qui verè cõtumax eſt, hoc ipſo habetur pro confeſſo, &, quod eſt cõſequens, pro condẽnato. Sed nego cõtumaciam

etiam illam vſque adeò nocere debere poſſeſſori, vt non ſaluas habeat etiam autoris ſui deſẽſiones, ſi eas proponere & allegare volet. Ferè enim perpetuũ eſt, vt ſententia per contumaciam aduerſus autorem abſentem reddita, non noceat ſucceſſori, cui noceret ſi contra præſentem reddita proponeretur. Sufficeret namque redditam colluſionem cum legitimo contradictore, qualis vtique ille non eſt qui non contradixit, ſed fuit contumax vt haberetur pro confeſſo. Sed quod præcipuum eſt, ſiue prior emptor abſens, ſiue contumax fuit, nihilomagis exiſtimo permittendum actori, vt tertiũ poſſeſſorem, qui bonæ fidei ſit, inquietet, ſi non vltrò ille ſe offerat ſuſcipiendæ litis reſtitutoriæ, dummodò prior ille emptor qui abſens aut cõtumax eſt, ſit etiam idoneus & ſoluendo. Nam qui abſens eſt, nec defenditur, nõ aliam pœnam pati ſolet, quàm vt in poſſeſſionem bonorum eius actor mittatur, cuſtodiæ primùm, deinde venditionis cauſſa. Contumax verò, licèt habeatur pro confeſſo, perindéque ac confeſſus condemnari poſſit & debeat, non tamen hoc ipſo habetur pro inope & egeno. Atqui diximus & probauimus in ſuperioribus, quandiu prior emptor ſoluendo eſt, nihil aduerſus poſteriorem conſtituendum eſſe, ne quidẽ fauore minoris, ſi poſſeſſor in bona fide ſit, ex Vlpiano & Paulo in *l. in cauſſa* 13. §. *interdum. & lege ſeq. D. de min.* Fauore autem maioris multò minùs, ſiue aduerſarij dolo deceptus ſit, ſiue cõtra dolũ læſus vltra dimidiam iuſti pretij, cùm nec diſtinctio illa bonæ & malæ fidei poſſeſſoris neceſſaria ſit, cùm agitur de reſtitutione maioris, dummodò prioris emptoris dolum aut tractatum poſterior non participauerit. Non ergo ſufficere poteſt ad inquietandum poſſeſſorem, quòd prior emptor qui abſens, vel contumax eſt, pro excuſſo habeatur, quod ad perſonã attinet, niſi etiam bona eius excutiantur, probentúrque idonea non eſſe ad præſtandam actori indẽnitatẽ. Illud ſanè non inficior, eo caſu, quo actori permittendum eſt vt etiam contra poſſeſſorem petat ſubſidiariam reſtitutionẽ, id eſt, ſi ex cauſſa minoris ætatis reſtitutio poſtuletur nec prior emptor ſit ſoluendo (alium.n. caſum nullũ agnoſco in quo ſubſidiaria reſtitutio cõtra poſſeſſorẽ danda ſit, cùm ſi dolũ ille, aut tractatũ prioris emptoris participauerit, aut ſi vis allata fuit, vel metus, æquè principaliter conueniri poſſit qui poſſidet, acſi contraxiſſet) non eſſe cogendum actorem vt priorem emptorem excutiat ad perã vſque & ſaculum, aut vt ex eius bonis, quantum fieri poterit ſaltẽ pro parte ſatisfaciat, quia nec creditor hypothecarius cogeretur, vt probauimus *Decade 5. error.* 8. Plus autem iuris habet minor petens reſtitutionẽ, quàm creditor, quia eius rei nomine agit quæ aliquando fuit ſua, imò petit rem quodammodo adhuc ſuã quãdiu indemnis non præſtatur, ſed & cùm ita demũ poſteriori emptori parcendũ eſſe Vlpianus & Paulus velint, ſi prior ſit idoneus & ſoluẽdo: apparet non poſſe idoneũ aut ſoluendo videri eũ qui pleniſſimã indemnitatem minori præſtare nõ poteſt. Et verò quomodo fieri poſſet vt minor qui ex bonis primi emptoris non niſi partẽ indemnitatis cõſecutus eſſet, pro reliqua parte peteret reſtitutione contra poſſeſſorem? Vtique enim actionẽ pro indẽnitate habere non poſſet, vt quod indemnitati deeſſet, ſuppleretur; nec aliud eſſet quod per in integrum reſtitutionem petere poſſet præter rem ipſam: quã tamen, ſi totam peteret, iam indemnitatis ſuæ partẽ conſecutus, annõ malè ageret, & in plus quàm ſibi deberetur. Idq; probat optimè, ni fallor, quod Caius ſcribit in *l. ſed vbi* 15. *D. de minor.* eo caſu quo reſtitutio datur minori, contra poſſeſſorem dandum eſſe poſſeſſori regreſſum aduerſus ſuum autorem.

Quid enim regreſſus prodeſſe poſſet ſi ad peram vſque & ſacculum autor ille per minorem iam excuſſus eſſet? Reſtat vt videamus quid dicendum ſit, ſi primus emptor ſine herede deceſſerit. Pragmatici enim exiſtimant hoc caſu dandum eſſe curatorem hereditati tanquam iacenti, inter quem & minorem de iure & æquitate reſtitutionis contendatur, tum ad tertium bonæ fidei poſſeſſorem perueniatur. Quam ſententiam ne admittere poſſim, illud facit, quòd quoties quis ſine herede deceſſit, nulla hereditas eſt cui curator dari poſſit, fiuntque bona vacantia, & proinde fiſco deferenda, ſi ſint ſoluendo, vt à nobis probatum eſt *Decade* 4. Contra fiſcum igitur eo caſu agendum erit ſi bona illa occupare volet. Cogitur enim fiſcus reſpondere creditoribus, & heredis vice actiones omnes excipere, quæ contra defunctum competierunt. Sin bona ſoluendo non ſint, quia tunc nec ad fiſcum pertinent, illud vnum ſupereſt, vt in eorum poſſeſſionem actor mittatur tãquam in bona debitoris ſui qui nec defenditur, nec defendi ab vllo poteſt. Scilicet ſi is actor proponatur, qui contra poſteriorem emptorem nullam actionem habere debeat, ne tum quidem cùm prior ſoluendo non eſt. Nam ſi minor ſit cui propter lubricum ætatis faueri oporteat potiùs quàm tertio bonę fidei poſſeſſori, eo nimirum caſu quo primus emptor non ſit idoneus, conſequens fit ſuperioribus, vt non ſit cogendus petere miſſionem in poſſeſſionem bonorum vacantium quæ ponimus ſoluendo non eſſe, ſed rectà & in rem ipſam petere poſſit reſtitutionem aduerſus poſſeſſorem.

ERROR QVINTVS.

Vbi cauſſam in integrum reſtitutionis agitari oporteat.

RIDICVLA videri poſſet hæc tractatio, niſi eam pragmaticorũ error faceret neceſſariam. Extat.n.cõſtitutio Diocletiani & Maximiani *in l.2.Cod.vbi & apud quem cognit.in integr. reſtit.agit.ſit.* quæ habet cauſſam in integrũ reſtitutionis in eo loco agitandam eſſe in qua domiciliũ fouet is qui conuenitur. Idque conſequens eſt ei quod in ſuperioribus tam ſæpe inculcauimus, actionem reſtitutionis in integrũ quia cõpetit ad diſtractum, perinde perſonalẽ eſſe aduerſus eũ qui contraxit, atque ſi ex cõtractu ipſo ad implenda promiſſa ageretur. Eſt enim id cõmune perſonalibus omnibus actionibus, vt eas apud iudicẽ eius qui conuenitur proponi, actoréque forum rei ſequi oporteat *l.2.Cod.de iuriſd.omn.iudic.* Sed dubitandi cauſſa ex eo naſcitur, quòd pragmatici induxerunt vt reſcindentis, & reſciſſorij cumulatio fieri poſſit. Inde nãque conſequi voluerunt, vt ſiue is ipſe qui contraxit, rem poſſideat quæ per in integrũ reſtitutionẽ petitur, ſiue alius & tertius poſſeſſor ſit, non in eo loco agi oporteat in quo domiciliũ reus habet, quomodo agi oporteret ſi reſcindens ſolũ tractaretur, ſed apud iudicẽ loci, in quo res ipſa ſita eſt, aut quia reſciſſoriũ iudiciũ principalius & dignius eſſe exiſtimãt, ex quo ſcilicet effectus reſtitutionis ipſius pendeat, aut potiùs, quòd alioqui verendũ plerũque eſſet, ne poſt impetratã, longáque lite obtentã reſtitutionẽ apud iudicẽ domicilij, nouã litẽ pro iudicati executione inſtitui oporteret in eo loco, in quo res ſita eſſet, præſertim ſi poneres ſitã eſſe in alieni Principis territorio, propter difficultates quæ interuenire ſolẽt, cùm rei quæ à magiſtratu alte-

ſtratu alterius ditionis iudicata fuit,executio petẽda eſt apud iudicẽ qui ſub alio Principe iuri dicendo præeſt.Sed quis ferat tã apertè vim fieri legibus & rationi iuris? Nã,vt ea taceã nec repetã,quæ ſuprà tã fuſè diſputauimus circa errorẽ hunc De reſcindentis & reſciſſorij cumulatione, non poſſum videre qua ratione iudiciũ reſciſſoriũ dici poſſit dignius & principalius, quàm reſcindens, cùm nonniſi ad reſcindentis executionẽ ſpectet,dignius autẽ,nec ſolũ principalius, ſed principale ſolũ illud ſit,quod propter ſe & principaliter exercetur,non autẽ quod poſteriore loco & in alterius executionem. Tritũ enim eſt,iudicia executoria & conſequentia,non niſi præcedentiũ acceſſoria eſſe.Vnde illud etiã praxis admiſit, vt procurator qui prioris litis peragendæ mandatũ accepit,nec nouo mandato indigeat in cauſſa executionis iudicati, nec quaſi officio functus recuſare poſſit, quominus in executionis inſtantia maneat procurator, non alia ratione quàm quòd illud ipſum iudiciũ,quod priùs fuit,durare etiam poſt iudicatũ videatur, quandiu iudicati executio ſecuta non eſt. Quid.n.iudicatũ prodeſſet,aut quæ vtilitas & autoritas eſſet iudicati,ſi executio nulla ſequeretur? Sed etſi admittẽ,quod ſemper negabo, iudiciũ reſciſſoriũ aut principalius & dignius eſſe, aut æquè dignũ & principale,non tamen conſequens eſſet agitandã integrũ reſtitutionẽ in foro illius loci vbi bona ſita eſſent,ſed in illo potiùs vbi domiciliũ haberet poſſeſſor qui cõueniretur.Qui locus ſæpe alius eſt a loco in quo ſita ſunt bona quæ per in integrũ reſtitutionẽ petuntur.Nec parũ intereſt pleruncq; eius qui cõuenitur,vt in loco potiùs domicilij conueniatur quàm in quo ſita res eſt,ſiue ille ipſe qui contraxit, ſiue alius poſſideat,ſi fortè loca ſint longo eſſita regionũ interuallo.Quod autẽ pragmatici obijciũt, verendũ eſſe ne de lite fiat lites,ſi non eo loco petatur reſtitutio, in quo bona ſunt conſtituta propter difficultates quas executio iudicati afferre ſolet,maximè cùm alibi facienda executio eſt quàm vbi iudicatũ fuit,vereor ego ne faciãt parũ cautè,qui non animaduertunt id quod ipſa etiã praxis docet,ſententiã quæ in vnius Principis territorio ritè ſollennitérq; lata ſit,in alterius quoque Principis territorio executioni demãdari poſſe, dũmodò implorata ſit autoritas magiſtratus qui ei territorio præeſt. Vulgatũ.n.eſt iudicẽ requiſitũ,ſicuti non poteſt cognoſcere de viribus ſententiæ iudicis requirentis multò minùs verò de iniquitate,ita recuſare non poſſe petitã executionẽ iudicati,dũ ne euidenter nulla ſit ſententia,puta quæ lata ſit à iudice euidẽter incõpetenti. Nã ſi Sabaudus à Pariſienſi perſonali actione laceſſitus contumax fuerit,& ex cõtumacia condẽnatus ſit,non facilè permittet Senatus noſter requiſitus executionẽ Senatuſconſulti Parienſis,niſi audito eo quẽ prima ſpecie veriſimile eſt perperam & à nõ ſuo iudice condemnatũ fuiſſe : vt alio loco ſcribemus. Sed ſi is qui apud Senatũ Parienſienſe conueniri,& condẽnari potuit,ibi conuentus & cõdẽnatus ſit,ſiue per contumaciã peracto ritè iudiciorũ ordine, ſiue præſens, non dubitabit Senatus noſter iudicati executionẽ iubere, inaudito etiam eo qui iã ritè condemnatus eſt *l.ſi prætor 75. D. de iudic.* Nulla ergo ratio eſt propter quam de reſtitutione in integrum tractari oporteat in eo loco in quo bona ſita ſunt,omiſſo loco domicilij eius contra quẽ reſtitutio poſtulatur. Scio contingere aliquando vt celeritate conungendarum inter ſe actionum vna occultetur,vt in *l.3.§.penult.* D. *de donat.int.vir.& vxor.l.ſingularia 15. D.ſi certum petatur.* Sed id fit cùm inter eaſdem perſonas vtraque actio verſatur, nec cuiuſquam intereſt, nec iuris ordo & neceſſitas repugnat. Item cum

tractatur de cõuentionibus & traditionibus exinde factis, nõ etiam cùm de ordine iudiciorum, cui certam formam à lege præscribi præscriptamque seruari, non modò priuatorum, sed etiam reipublicæ interest: Alioqui perinde possit quis concludere, semper incipiendum esse ab executione, nõ à citatione, quod tamen leges omnes negant. Iudicium porrò rescissorium, executio vt dixi, quædam est iudicij rescindentis.

ERROR VI.

De condemnatione fructuum in iudicio restitutionis in integrum.

PVGNADVM hîc nobis erit non modò cum pragmaticis, sed etiam cũ interpretibus plerisque, præsertim ex recentioribus, qui & iuris & æquitatis meliores magistri existimantur. Sed non est quod valdè aut hos, aut illos curemus, si pro nobis pugnabit autoritas prudentum. Frequentissima ferè omnium interpretũ vox est, & in tribunalibus omnibus receptissima, Ei qui in caussa restitutionis in integrum obtinuerit aduersus possessorem, siue actor minor fuit annis viginti quinque, siue maior, itémque siue possessor sit ille ipse qui contraxit, siue alius, restituendos esse fructus illos dumtaxat qui percepti sũt, aut percipi potuerunt à die litis contestatæ, totius autem præcedentis temporis rationem nullam haberi oportere. Cuius sententiæ, quæ tot tantósque assertores habet, vnica illa ratio affertur, quòd licèt ab initio, id est, à quo tẽpore contractum est, contractus in eo fuerit, vt per in integrum restitutionem potuerit rescindi, quandiu tamen rescissus non fuit, aut saltem *lis cõtestata* super implorata rescissione, non possit dici malę fidei possessor is fuisse, qui nõ solùm possedit cum titulo & bona fide, sed etiam iustam habuit caussam ignorandi an actor restitutionem aliquando petiturus & obtenturus esset, nécne, siue propter incertum restitutionis, quomodo Papinianus loquitur in *l. si Titius 48. de fideiuss.* dubiúmque exitũ iudiciorũ, siue quòd plerúque accidat, vt ij etiã, qui si vellẽt, restitui possẽt, nolint tamẽ, secúmque præclariùs agi existimẽt ex alia quapiam caussa, quàm si restitutionem implorarent. Hoc autem admisso, quòd bonæ fidei possessor fuerit is contra quem restitutio tandem postulata est, illud statim consequens fieri aiunt, vt fructus omnes lucretur quosquos & quotquot percepit ante litem contestatam. Bonæ siquidem fidei possessor fructus suos facit non tantùm industriales, sed etiam naturales, denique omnes, vt Paulus loquitur in *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. domin.* Addi etiam potest, restitutionem in integrum non dari nisi iis casibus, in quibus ipso iure contractus tenet, neque enim fieri potest vt contractus, qui ipso iure non tenet, rescindatur: *l. si curatorẽ habens 3. C. de in integr. rest. minor. l. 2. C. de præd. minor.* Contractu autem subsistente, apparet bonæ fidei possessorem non posse non esse eum qui titulum habeat, & ex titulo bonam fidem. At videamus primùm, ne ipsum nomen in integrum restitutionis hanc sententiam impugnet manifestissimè. Quid enim aliud sonat, nisi actionem extraordinariam, quæ ex beneficio & ex edicto prætoris ad id competit, vt vnusquisque integrum ius suum recipiat, in eundémque statim res reducatur in quo erat priùs quàm contractum fuisset? *l. quòd si minor. 24. §. restitutio D. de minor. l. vnic. C. de reput.* quæ fiunt in *iudic. in integ. restit.* Atqui si contractus à minore

minore initus qui nunc per reſtitutionem reſcinditur, non interueniſſet, proculdubio minor fructus rei ſuæ percepiſſet, emptor autem pretiũ à ſe datũ eiúſque legitimas vſuras nunc haberet. Ergo fatendum eſt ſic reſtitutionem fieri debere vt minori res ſua reſtituatur cũ fructibus omnibus; emptori autem viciſſim pretium quod dedit, cum legitimis vſuris reddatur, *l. patri pro filio 27. §. ſi pecunia l. minor annis 40. §. prædia D. de mino.* quibus locis hoc ipſũ tam apertè diſertéque expreſſum eſt, vt non potuerit apertiùs. Sed & ipſum *reſtituendi* verbum, quo in ſententiis *De in integrum reſtitutionibus* neceſſariò vtendum eſt, habet pleniſſimam ſignificationem vt fructus quoque contineátur, & reſtituátur *l. videamus 38. §. in Fauiana. cum ſeqq. D. de vſur. l. vlt. in fin. D. de verb. ſignif. l. in condemnatione 173. §. cùm & verbũ. de regul. iur.* & in reſtitutione quæ fit ex cauſſa vis vel metus, hoc quoque quod dicimus, fructus omnes omnémq; cauſſam ſine vlla téporis diſtinctione reſtitui debere, Vlpianus ſcribit in *l. ſed & partus 12. D. quod met. cauſſ.* itémque Paulus in *d. l. videamus §. item ſi vi. de vſur.* Et verò non poſſe bonæ fidei poſſeſſorẽ abſolutè dici eũ qui rẽ poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibili, apparet, ſatis ex eo quod Vlpianus in *l. in cauſſa 13. §. vlt. D. de minor.* & Paulus in *l. ſeq.* malæ fidei poſſeſſorem appellát illum etiam qui emit ab eo cõtra quem minor potuit reſtitui, ſi modò ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta ſunt, non ignorauit. Quanto igitur magis pro malæ fidei poſſeſſore habendum putauerunt eum qui ipſe ſic contraxit, vt ſciuerit aut ſcire debuerit futurum ſe reſtitutionis periculo obnoxium? Quid enim aliud eſt ſcire quòd reſtitutioni locus eſſe poſſit, quàm præuidere futurum vt ſi quandoq; reſtitutio impetrabitur, fructus omnes cũ re ipſa reſtitui oporteat? Qui verò eo animi ſenſu, aut potiùs eo metu fructus percepit, etiam ante litem cõteſtatá, po téſtne abſolutè videri bona fide rem poſſediſſe fructúſq; ex ea percepiſſe? Nõ magis vtiq; quàm vt bona fide percepti dicantur ij, quos poſt litẽ conteſtatã perceperit is qui in illũ vſque diem bonæ fidei poſſeſſor fuit. Quid enim facit cõteſtatio ante allatas probationes, niſi vt poſſeſſor ex eo die intelligat fieri poſſe vt ad fructuũ exinde percipiẽdorum reſtitutionem aliquándo teneatur? *l. ſed etſi. l. 25. §. ſi ante petit. D. de pet. hered.* Nec probare poſſum quod *Didacus Couarr.* reſpondet, ſine lege & ſine ratione, Iurecõſultos iis locis malæ fidei poſſeſſorẽ dicere, nõ illũ dũtaxat qui minorẽ in cõtrahẽdo lęſit, ſed eum quoq; qui ab emptore iſto cõparauit, ſi ſciuit rẽ ita geſtã eſſe, nõ quod ad fructus attinet, ſed quod ad hũc tãtùm effectũ, vt aduerſus eum & in rem ipſam reſtitutio dari poſſit. Quis enim credat fieri poſſe vt quis malæ fidei poſſeſſor ſit quod ad rem ipſam tantóq; odio dignus vt cõtrà vulgares iuris regulas reſtitutionis periculũ excipere cogatur, quod autẽ ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe exiſtimetur? An non ea ipſa fide fructus ex fundo percipiuntur, qua fundus ipſe poſſidetur? Dicere potiùs debuit, vir ſanè alioquin pereruditus, & de iure noſtro optimè meritus, deteriorẽ eſſe poſſe cõditionẽ poſſeſſoris, quod ad fructus ſpectat, quàm quod ad rẽ ipſam, hactenus vt quãuis bonæ fidei poſſeſſor fuerit, putà ſi ignorauit ea quæ inter minorẽ & priorẽ emptorẽ geſta ſunt, fructus tamẽ reſtituere cogatur, eo caſu quo nil obſtãte bona fide, reſtitutio etiã aduerſus eũ impetrari poſſit, quod cõtingit ſi primus emptor nõ ſit idoneus & ſoluẽdo. *d. l. in cauſſa. in fi. & l. ſeq.* Nimirũ quia licèt non eo minùs bonæ fidei poſſeſſor ſit & maneat, q̃ ille à quo emit præſtare minori indẽnitatẽ nequeat, fauor tamẽ minoris, qui elicuit, vt perinde

cõtra poſſeſſorem reſtitui debeat ne in damno moretur, acſi mala fides interuenilſet, idem elicit vt eam reſtitutionem plenam eſſe oporteat, & integram, cuiuſmodi ſanè non eſſet ſi fructus quoque non cõtineret. Nec enim cum in integrũ reſtitutionem dicimus, rei dũtaxat reſtitutionem intelligimus, quanquam hoc ſolum ſufficeret vt intelligeremus etiam fructus reſtitui oportere, ſed reſtitutionem ſignificamus perſonarum quæ cõtraxerũt, & quidem in integrum, ne dubitare quiſquá poſſit quin iure & poteſtate reſtitutionis omnia in priſtinũ ſtatum reponãtur, in quo erant priuſquàm cõtraheretur, & in quo eſſent hodie ſi cõtractum nõ fuiſſet, *l. 2. §. antepen. D. ne quid in loc. publ.* & elegãtiſsimè *in l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Ex quo etiã reſpõderi poteſt ad id quod *Didacus* obiicit, ſi iudex quẽ condẽnauerit ad rem reſtituendam ſimpliciter, nec quicquá de fructibus adiecerit, nõ videri eum ad fructuũ reſtitutionem cõdemnatum. Nam præterid quod mihi ea traditio ſuſpectiſſima eſt propter eas leges, quibus probauimus *reſtituẽdi* verbũ plenſſimá habere ſignificationem, vt etiã fructus cõplectatur, dico poſſe intereſſe an in lege, aut quod hac parte idem eſt, in edicto prætoris verbũ hoc *reſtituendi* inueniatur, an in ſententia iudicis. Priore caſu etſi nõ ſpecialiter de fructib⁹ additũ eſt, tamẽ etiã fructus ſunt reſtituendi, vt apertè Paulus ait in *d. l. in cõdemnatione* 173 §. 1. Plenſſima enim lex, itémq; edictũ Prætoris recipit interpretationẽ à iure, quoniam alioquin neq; lex mortua ſeipſam interpretari poteſt, neq; edictũ. Sententia autẽ iudicis ſtrictiùs accipitur, quia ſi quid obſcuri aut ambigui in ea eſt, id iudex interpretari cõmodè poteſt, etiam poſtquá per pronunciationem officio functus fuit, eáq; nõ noua ſententia, ſed tãtùm ſententiæ declaratio eſt. Propter quam cauſſam dicitur à pragmaticis ſententiã eſſe ſtricti iuris, exẽplo ſtipulationis, vt quicquid in ſententia & ſtipulatione non palã expreſſum eſt, pro omiſſo habere oporteat, *l. quicquid adſtringẽdæ* 98. *de verb. oblig.* Cõſtat autẽ ſi quis in ſtipulatione promiſerit rẽ reſtituere, nec adiecerit de fructib⁹, fruct⁹ in ſtipulationem nullos venire *l. hac verba* 23. *de verb. ſignif.* vbi Vlpian. ſcribit hæc verba in ſtipulatione poſita, *Eã rem recte reſtitui*, fructus quidẽ cõtinere, ſed nõ propter verbũ *reſtitui*, at propter adiectã dictionẽ *recte*, quæ, inquit, pro viri boni arbitrio eſt. Qui tamen locus præ ſe fert potiùs, ni fallor, id dici in ſententia iudicis quàm in ſtipulatione reſpõderi debere. Cùm. n. iudex nihil dicat à viro bono, niſi quòd viri boni arbitrio fungẽdi, nõ modò ius & auctoritatem habet, ſed etiã neceſſitatem, quidni credẽdus eſt iuſſiſſe rem recte & viri boni arbitrio reſtitui, licet verbũ illud *recte* non adiecerit? Id eſt cur nõ ex viri boni arbitrio boni iudicis ſententiã interpretemur? ſiquidem ponimus eá exerceri actionem ex qua fructuũ quoq; cõdemnatio fieri potuerit & debuerit, vt nõ niſi per imperitiã, aut incuriã, aut dolũ iudicis ea fructuum mentio prætermiſſa videatur. Alioqui eſſet ſanè abſurda dubitatio. An *reſtituendi* verbo fructus cõtinerentur in ſententia iudicis, eo caſu quo nõnili inquè fructuũ cõdemnatio fieri potuiſſet. Illa autẽ alia ratio pragmaticorum, quòd quádiu reſtitutio aduerſus cõtractũ petita nõ eſt, cõtractus teneat, nihil ad rem pertinet. Parũ. n. refert quod ad bonã fidem fructuſq; præcipiẽdos ſpectat, an cõtractus nõ teneat, an ita teneat, vt ſcias poſſe aliquándo reſcindi, & ita reſcindi vt omnia in integrũ reſtitui oporteat. Vnus tãtùm locus eſt, iſque põtificij iuris, nõ ciuilis, ex quo probari poſſit reſtitutionẽ in integrũ etiã minori cõpetentẽ ſine fructibus faciendã eſſe. Is eſt in *cap. cõſtitutus. De in integ. reſtit. in* 6. vbi hoc ipſum ſic cõſtitutum eſt in reſtitutione, quá eccleſia impetrat cùm

Digitized by Google

trat cùm læsa est exemplo minoris. Sed vt alias ad eum locum respõsiones & interpretationes prætermittamus, respondendũ est, nõ esse rectã in omnibus ecclesiæ, & minoris comparationẽ, ne tũ quidẽ cùm agitur de in integrũ restitutione. Comparatio recta est, quod ad rẽ quæ alienata est, auocandam: sed quod ad fructus, non ité. Et differentiæ ratio est, quia ius percipiendorũ fructuũ non spectat ad ecclesiam, sed ad prælatũ, qui scilicet ratione fructuum domini loco habetur, aut saltem vsufructuarij iure censetur, nec fauore vllo dignus est vt cõparari debeat minori, præsertim cùm vix fit vt eiusmodi restitutio accommodetur prælato ipsi qui alienauit, sed tantùm successori, quia nec præscriptionis tempora currunt cõtra ecclesiam quandiu viuit prælatus qui malè alienauit. Successor autẽ in beneficio nullũ ius habet petendorum fructuũ, qui, si alienatio nulla facta esset, non ad hunc successorẽ qui petit restitutionẽ, sed ad prædecessorẽ pertinuissent. Denique prælatus qui restituitur, nõ suo sed ecclesiæ nomine restituitur, vt rem ecclesiasticã malè alienatã ad ecclesiæ patrimonium reuocet: fructus autem non ecclesiæ, sed suo nomine peteret, si petendi ius haberet. Non autem sicut ecclesia ipsa, ita & prælatus minori comparatur in caussa petendæ restitutionis. Idque à Didaco & aliis Pontificij iuris interpretibus obseruatum non fuisse mirandum est.

ERROR SEPTIMVS.

De fructibus ei adiudicandis, qui restituuntur ex caussa immodicæ lasionis.

VÆ dicimus de fructibus omnibus ex caussa restitutionis in integrũ petitori adiudicandis, aduersus receptissimũ errorem pragmaticorũ, nouæ erroris materiam & occasionẽ præbere possunt, si non cautio aliqua adhibeatur. Nam cùm venditor læsus est in pretio vltra dimidiam iusti pretij, placet nostris nõ modò pragmaticis, sed etiam interpretibus, restitutionem in integrũ aduersus venditionem ex ea caussa dandam esse, & tamen fateor verissimũ esse quod idem illi affirmant, non ad alios fructus restituendos condemnari emptorem debere, quàm quos à die litis contestatæ percepit. In quo igitur errant? In eo nimirum quòd putant inducendum hoc casu beneficiũ restitutionis, cùm tamen nõ competat, quia nec necessariũ est. Nemo enim nescit, auxilium restitutionis esse extraordinariũ, & ideò tribui non debere ei qui cõmuni auxilio & mero iure munitus est, *l. in caussa* 16. D. *de minor. l.* 3. *C. de in integ. restit. minor.* Atqui venditor qui vltra dimidiam iusti pretij læsus est, tutus est iure cõmuni, id est condictione, ex Diocletiani & Maximiani constitutione in *l.* 2. *C. de rescin. vend.* quæ cùm ait, humanũ esse, vt vel venditor restituto emptori pretio rẽ recipiat autoritate iudicis intercedente, vel quod iusti pretij supplendi causa emptor offeret, accipiat; ostendit satis non esse hoc casu necessariam restitutionẽ, sufficiente ob æquitatem eámque constitutionẽ iudicis autoritate. Nã neque iudicis esset dare in integrũ restitutionẽ, sed prætoris. Et non esse hanc in integrũ restitutionẽ ex eo manifestè apparet, quòd actio quæ venditori datur ob immodicã læsionem, nõ finitur quadriennio, vt cautũ erat Nouella cõstitutione Rom. senioris cap. 2. (quod restitutionibus omnibus excludẽdis tẽpus à Iustin. præscriptũ est in *l. vlt. C. de temp. in integ. rest.*) sed ad trigesimũ vsque annũ extẽditur exemplo cæterarũ omniũ personalium actionũ ex *l. sicut. & l. omnes C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* quia cõdictio est

ex lege, vt pragmatici omnes interpretésque cõsentiunt. Apparet etiãm ex eo, quòd beneficium illius legis non eò pertinet vt venditio rescindatur, alioqui præcisè vrgendus esset emptor vt rem redderet quam adhuc haberet. Sed vt subsistente venditione, quod iniquè gestum est ad suam æquitatem reuocetur, quod fit cùm electio emptori datur, an iustũ pretium impplere malit & rem retinere, an potius recepto pretio rem restituere, *l. si voluntate 8. in fin. C. eod. l. 1. §. si quis in fraudem. D. si quid in fraud. patron.* & apertiùs expressum est in Nouella Romani senioris, Non tamen ipsius iudicii æquitate sola, vel auxilio restitutionis, sed beneficio constitutionis; sic & in *l. maioribus 3. C. commun. vtrusq; iudic.* iidẽ Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserũt, Maioribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine iudicio factus diuisionibus subuenirí solere. An per in integrum restitutionem? Minimè. Est enim ius illud proprium & singulare minorum, vt si in diuisione læsi sint, & caussa cognita restitui in integrum possint *l. pen. C. commun. diuid.* Sed æquitate iudicii & officio iudicis, quia vt lex ait, in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factũ esse cõstiterit, in melius reformari oportet. Quæ ratio cùm sit generalis ad omnia bonæ fidei iudicia pertinens, ostẽdit satis ordinario iure id fieri, & officio iudicis caussâ cognitâ, vt ait *l. 3. C. quib. ex cauſ. maior.* non extraordinario auxilio restitutionis, licèt hac in re differat venditio à diuisione cæterisque bonæ fidei cõtractibus, vt dicemus *Decad. seq. err. 1. & 6.* Quòd si quis quęrat; Cur ergo minoribus hoc casu subueniatur per in integrum restitutionem, cùm certi iuris sit quod iam monuimus cessare extraordinariũ remedium restitutionis, vbi ordinarium competit: Respondebo multũ interesse an æquitate iudicii, an per restitutionẽ minori succurratur, quia priore casu reuocatur res ad suam æquitatem, posteriore verò reducitur *in pristinũ* statum, id est, in quo res erat antequàm cõtraheretur. In eóque partim versatur caussæ cognitio illa quam requirit *dicta l. pen. C. commun. diuid.* Nam si perinde cõsuli possit minori eo modo quo maiori succurreretur, hoc est, si nihil eius interfit, an in pristinũ statũ, an ad æquitatẽ duntaxat omnia reducãtur, non erit restituendus. Finge non in eo minorẽ lęsum esse, quòd diuisit cùm ei expediret manere potiùs in cõmunione, sed in eo tantùm quòd inęqualiter facta diuisio est, sufficiet ei potestas iudicii cõmuni diuidundo, si eo iudicio agi possit propter nondũ translatũ hinc inde dominium rerũ diuisarũ, vt nos docebimus *Error. 1. Dec. seq.* neq; locus erit restitutioni. Sed si tractãdũ sit de rescindenda diuisione, quòd minori longè vtilius futurũ erat si mansisset in cõmunione, necessaria erit restitutio, quia numquã ęquitas contractus potest inducere actionẽ ex contractu ad rescindendũ cõtractũ, nisi si ea contrahentiũ volũtas & cõuentio fuit, vt in specie *l. ex empto 11. §. is qui vina. D. de actio. empt.* Neque tamen hęc sic accipi velim, vt putem ante supradictam Imperatorũ constitutionẽ in *d. l. 2. C. de rescind. vend.* potuisse venditorẽ qui vltra dimidiã iusti precii lęsus esset, agere contra emptorem ex sola iudicii ęquitate ad eum in id adigendum, vt vel iustum pretium suppleret, vel recepto pretio rem restitueret. Semper enim licuit ementibus & vendentibus se in pretio circumuenire, & quidem naturaliter, vt Vlpianus loquitur in *dict l. in causſa 16. §. idẽ Pomponius. D. de minor.* & Paulus in *l. item si 22. §. vlt. D. locat.* id est, vt ego interpretor, naturali ratione, quia emptionis & venditionis natura sic fert, vt emptor viliore pretio comparandi, venditor verò cariore distrahendi votum gerant, vixque post multas contentiones, paulatim vendito

venditore de eo quod petierat, detrahente, emptore autem huic quod obtulerat, addéte, in certum consentiat pretium, vt scriptũ est non inelegantèr in *d.l. si voluntate* 8. *C. de rescin. vendit.* Propter quã causſam nullo Pandectarum loco reperias, actionẽ vllam dari venditori ob id solùm quòd immodicè læsus sit in pretio, non dicam ad rescindendã venditionem, sed ne quidem ad negotium in suam æquitatem reuocãdum, quia in eo quod licitè fiebat, nulla poterat iniquitas subesse. Mirórq; ingenium viri clarissimi *Iacobi Cuiacij*, qui ausus est dicere beneficium *legis illius secundæ*, *C. de rescind. vendit.* non esse nouum, nec veteri iurisprudentiæ fuisse incognitum. Nam præter id quod verba illa legis *humanum est*, ius nouum præ se ferunt, apertiùs hoc expressum est in *d.l. si voluntate*, quę eorundem Imperatorum est in postremis illis verbis, *electione emptori iã præstita seruanda*. Cur enim *iam præstita*, si ex iuris ratione semper competierat? Sed quamquam hæc ita sunt, fatendum tamen est maximè motos fuisse Imperatores, vt nouum illud ius inducerent, ex eo quòd cõtractus emptionis & venditionis sit bonæ fidei, cuius æquitatẽ ad eum quoque casum accommodari æquũ sit, quo tam grandis læsio interuenerit. Quid enim aliud significant verba illa *humanum est*, nisi æquissimum esse, licèt non æquitatis tantùm ratione, sed etiam miserationis, vt dicemus *Decad. prox. error.* 7. Quare & omnes fatentur in stricti iuris contractibus non idem obtinere: propterea quòd in iis nulla prorsus, aut certè non tanta habeatur ratio æquitatis: cùm tamen si ex hac causſa restitutio daretur, vix dici posset cur separari hac parte deberent contractus bonæ fidei à contractibus stricti iuris, quorum in cæteris, siue minorũ, siue maiorum restitutionibus eadem ratio est. Nõ nego rescindi quodãmodo vẽditionẽ ex immodica læsione, si emptor iustum precium supplere nolit. Nihil enim aliud tunc fieri potest nisi vt recepto precio quod dedit, rem quã accepit restituat: quod salua venditione fieri nullo modo potest, isque sensus est *dictæ legis, si voluntate*, cùm ait, neque bonam fidem, quæ emptionis atque venditionis conuentionem tuetur, pati, neque rationem vllam concedere, rescindi contractum qui vel statim vel post pretij quantitatis disceptationem finitus sit, nisi minus dimidia iusti pretij, quod fuerat venditionis tẽpore, datũ esset, electione iam emptori præstita seruanda, vt intelligamus eo casu quo læsio vltra dimidiam interuenerit, rescindi contractum si emptor iustum pretium supplere nolit. Sed cùm ea cõdictio ex noua lege nõ in id præcisè detur vt emptor rem restituat, sed ita vt electionem habeat vel rei restituendæ, vel iusti pretij supplendi, apparet non posse dici absolutè actionẽ hanc dari ad rescindendam venditionem. *d.l* 1. *§. si quis in fraudẽ. D. si quid in fraud. patr. & Nouell. Roman. senioris cap.* 2 Daretur enim contra inuitũ, id est, faceret vt etiã inuito emptore venditionẽ necessariò rescindi oporteret, quomodo in *l. nõ est probabilis* 6. *C. eod. tit.* Atqui ex contrario, vt suppleatur iustum pretium venditionis, fieri non potest nisi subsistente & salua venditione, extra cuius causſam de pretio nunquã disputatur. Sed & cùm emptor iustũ pretium supplere recusat, magis est vt partitè loquentibus dicendũ sit resolui venditionem potestate legis, quàm rescindi: in priſtinã siquidem causſam res redit resoluta venditione, vt Paulus loquitur in specie *l. voluntate* 10. *in fin. D. qui. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Denique inauditum est, vt contractus vllus agendo rescindatur, nisi per in integrum restitutionem, etiãsi vis aut dolus interueniret, ne tum quidem cùm alioqui licet ab emptione discedere, vnde illud est quod separati sunt in Codice tituli *De rescind. vendit.*

Digitized by Google

& *quãd.liceat ab empt.diſce.* Sicut dicimus ſententiã reſcindi nõ poſſe, niſi aduerſus rem iudicatã reſtitutio in integrũ poſtuletur, aut à ſententia appelletur. Vnde item dictũ illud Symmachi, Vox iuris & legum eſt bonę fidei contractum nõ reſcindi, Interpretes & pragmaticos fefellíſſe videtur, quòd noua illa lex Diocletiani & Maximiani poſita eſt ſub titulo *De reſcind. vendit.* Sed obſeruare debuerũt quod ex aliis omnibus eius tituli legibus apparet, ſic accipi debere rubricam, vt vẽditio reſcindi numquã poſſit quæ à maiore & ritè iureq; facta eſt. Debuitq; potiùs ſic cõcipi titulus negatiuè *De nõ reſcind. vẽdit.* aut venditionẽ reſcindi non poſſe, quomodo ille *Sentent. reſcind. non poſſ.* Quãquã etſi admitterem ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi venditionẽ, quòd falſum eſt, nõ tamen ſtatim eſſet cõſequens cõpetere ex ea cauſſa in integrum reſtitutionẽ. Niſi poneres dolo malo, vel per vim coactũ venditorem vt venderet, tũ enim vtiq; venditio reſcinderetur agente eo qui vim vel dolũ paſſus eſſet, & reſtitutio eſſet neceſſaria, ob illã æquitatem danda, quòd nihil ſit tam cõtrarũ bonę fidei quæ in hoc præcipuè contractu dominatur, quàm vis aut dolus, vt diſertè ſcriptũ eſt in *l.1.& in l.ſi dolo 5.C.eod.* Tum igitur dũtaxat reſtitutio neceſſaria non eſt cùm contractus ſic perfectus eſt, vt tamen reformari aut reſcindi poſſit proprio auxilio, id eſt, quod ex ipſius cõtractus æquitate proficiſcitur, vt contingit ſi maior annis vigintiquinq; vel vi vel dolo malo deceptus vẽdiderit, & circumſcriptus ſiue in pretij quãtitate, ſiue in eo quod vendidit rem quam non expediebat vendere. Nã in minore 25. annis multò faciliùs admittimus neceſſariã eſſe reſtitutionẽ aduerſus emptorem, ſi fortè læſus ſit in pretio, aut qua alia ratione citra vim vel dolum. Nã ſi vis dolúſve interuenerit, & minor non agat, ſed conueniatur ex cõtractu, poteſt ille iudicij æquitate citra reſtitutionẽ ſe defendere & obtinere vt dolus *vindicetur.* Nã ſi nec doli exceptio neceſſaria dicitur, quia bonæ fidei iudiciis inſunt doli exceptiones, *l.ſed ſi ideo 21.D.ſolut.matr.* quãto minùs neceſſaria eſt reſtitutio? Quòd ſi nec vis, nec dolus interuenit, nec mala fides, contractus non ſolùm factus, ſed etiam iure perfectus eſt, ideóq; reſcindi nec poteſt nec debet inter maiores, neq; beneficio reſtitutionis, neq; citra reſtitutionẽ: quia ſicuti ratũ non habetur quod non bona fide geſtum eſt, *d.l.1.C.de reſcind.vendit.* ita ex cõtrario ratum habẽdum eſt quicquid bona fide geſtum fuit. Ratum autẽ non habetur quod per reſtitutionem reſcinditur. Qua de cauſſa in *l.ad reſcindendã 4.C.eod.* ſcriptum eſt in hæc verba, *ad reſcindendã venditionẽ & malæ fidei probationẽ*, vt intelligamus reſcindẽdæ vẽditionis cauſſam aliam eſſe nullã poſſe, quàm ſi mala fides probetur. Atqui ab probationẽ malæ fidei hoc ſolùm non ſufficit, quòd venditor in pretio læſus ſit etiam ſupra dimidiã, *d. l.ſi voluntate 8.in princip.& d.l.dolus 10.C.eod.* Ergo admitti non poteſt vt in integrũ reſtitutio cõpetat maiori ex ſola cauſſa immodicę læſionis, nec ſi rem vẽditam emptor alienauerit, quia tametſi rem emptor haberet, reſcindi tamen venditio ex hac cauſſa nõ poſſet citra Diocletiani conſtitutionẽ: poſt eã verò conſtitutionẽ ſufficere poteſt condictio ex lege cum æquitate iudicij & officio iudicis cõiuncta, vt emptor vel rẽ reddere, vel iuſtum precium ſupplere iubeatur. Quæ tamen nõ ſufficeret citra in integrũ reſtitutionẽ, ſi ad rem præciſe redhibendã actio venditori accõmodaretur, neq; res ampliùs reſtitui poſſet propter alienationẽ in alium factã. Tunc.n. ea reſtitutionis æquitas eſſe deberet, vt qui reſtituere rẽ nõ poſſet facto ſuo quòd eã alienaſſet, cõdemnaretur in id omne quod actoris intereſſet, quemadmodum contingit cùm ex cauſſa

doli restitutio postulatur contra eum qui restituere rem aut non vult, aut nō potest. *l. arbitrio* 18. *D. de dolo. l. dolus* 10. *C. de rescind. vendit.* Ex quo apparet euidentiùs quàm verum sit, quod à nobis in superioribus disputatum est, actionem illam quæ datur venditori læso vltra dimidiam iusti pretii, non posse dari contra tertium possessorem, nec si prior emptor non sit soluendo. Non enim sicuti restitutio in integrum aliquando & ex caussa datur in rem, vt puta si competat ex caussa minoris ætatis, aut ex capite vis & metus, ita & condictio ex lege potest vnquam in rem scripta esse, nisi si id ipsum lege cautum & expressim constitutum sit. Omnes enim condictiones tam quæ ex lege sunt, quàm aliæ, in personam sunt, non in rem. *l. 1. D. de condict. ex leg.* iunctō *§. appellamus. Instit. de action.* Igitur vt ad institutam disputationem redeamus, cùm ex beneficio *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* emptori nolenti iustum supplere precium res auferatur per condictionem, non per in integrum restitutionem, mirum non est si quis admittat quod pragmatici volunt, non esse condemnandum emptorem, vt fructus restituat, nisi quos perceperit à die litis contestatæ. Nam etsi maximè ex hac caussa rescindi venditionem dici posset, eò vsque tamen teneret quousque rescissa esset, ac proinde fatendum esset non sine titulo emptorem possedisse rem sibi venditam, & ex ea fructus percepisse: & consequenter eos fructus suos omnimodo fecisse. Optimè namque procederet hoc casu ratio illa pragmaticorum quæ à nobis allata est capite superiore, & qua illi abutuntur, vt probent ne tum quidem cùm restitutio impetratur, vllam fructuum ante litem contestatam perceptorum condemnationem fieri oportere. Sola enim restitutio illa est quæ facit, vti ne in plenum ex titulo & bona fide percepti fructus videantur, vtque per consequentias veniant in condemnationem, & restitutionem. Ergo pragmaticorum error hac parte in eo est, non quòd putant emptorem alios fructus restituere cogendum non esse quàm quos perceperit post litem contestatam, sed quòd putant induci hoc casu auxilium restitutionis in integrum: quod si esset, vtique ex natura restitutionum omnium, omnia in pristinum statum reduci, atque ita fructus omnes etiam ante contestationem perceptos restitui oporteret.

ERROR VIII.

Si venditor qui vltra dimidiam iusti pretij læsus est, renuntiauerit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.

QVID ergo si venditor qui vltra dimidiam iusti pretii læsus est, renuntiauerit beneficio *legis secundæ C. de rescind. vendit.* Id enim hodie passim fit, & quidem cum iuramento, nec dubitari potest, quin valeat renuntiatio nō modò propter autoritatem iurisiurandi quod sine dispendio salutis æternæ seruari potest, sed etiam, quia vulgaris regula iuris est, Posse quemlibet resilire ab eo iure quod pro se introductum est, fauorique suo renuntiare *l. penultim. Cod. de pact.* Quòd si admittes renunciationem valere, illud etiā consequens est, vt nō aliter audiatur venditor, si beneficio nouæ legis vti velit aduersus emptorem, quàm si renuntiatio illa rescindatur, quod cùm neque potestate & æquitate iudicii bonæ fidei fieri possit, neq; autoritate cōstitutionis quę casum

hunc complexa non est, vtque fatendum videtur, auxilium restitutionis in integrum ad rescindendam venditionem necessarium esse. Eóque iure vtimur. Quasi eadem concedendæ restitutionis caussa & æquitas subiit, facta renuntiatione, quæ subesset, si renuntiatio nulla facta proponeretur. Est enim exploratissimum, qua facilitate quis contrahit, & contrahendo decipitur ac læditur, eâdem induci, vt huiusmodi renuntiationes adhibeat. Iusiurandum autem easdem leges & conditiones recipere, quas contractus ipse recipit, in quo adhibetur *l. vlt. C. de non numer. pecun.* nec impedire restitutionem si absolutio impetrata sit, quia licèt possit seruari sine periculo salutis, iniquitatis tamen vinculum esse non debet. Ego nõ negarem restitutionis auxilium hic necessarium fore, si crederem venditori qui legis beneficio sciens & vltrò renuntiauit, aliqua ratione subueniri oportere. Sed vt id mihi persuadere non possim, illud facit, quòd nullo iuris loco scriptum video succurrendum esse venditori, aut alij maiori annis vigintiquinque, qui delatũ sibi legis beneficiũ abiecerit. Æquitas enim illa quæ dictat subueniendum esse venditori propter tam immodicam læsionem, non est tanta támque euidens, vt possit ex se inducere restitutionem. Alioqui non fuisset necessaria noua constitutio, quæ proculdubio necessaria fuit. Itaque quamuis etiã post renuntiationem eadem subsit æquitas, quoniam non eo minùs, imò tantò magis læsus reperitur qui legis auxilium amisit, non tamen subest eadem autoritas constitutionis, cui potiùs quàm illi æquitati ius restitutionis, si quod cõpeteret, accepto ferendũ esset. Non enim sicut Imperatores fauere voluerunt venditori læso, ita & ei qui beneficio quod propter læsionem habere poterat, vti noluit. Proinde nullũ post renuntiationem superesse potest ius concedendæ restitutionis, nisi ex noua caussa, vtputa si ea renuntiatio extorta sit per vim aut per dolũ *ex facti* qualitate, non ex sola pretij quantitate æstimandũ, aut si minor proponatur is qui renuntiauit. Alterutrũ namque necessariò fatendũ videtur, aut non posse renuntiari beneficio nouæ legis, quod nec quisquam vnquã dixit, nec rationem vllã habet, aut si vtiliter renuntiari potest, nõ posse eam renuntiationẽ rescindi per in integrũ restitutionem ex eo ipso legis beneficio cui renuntiatũ est. Alioqui quid aliud illud esset nisi renuntiationẽ effectu ipso nõ valere? Quidni verò maior annis vigintiquinque huic beneficio renuntiare poterit, cùm & si per triginta annos taceret, sola tẽporis præscriptione ab eo beneficio excluderetur, vt omnes cõsentiunt ex *l. sicut. & l. omnes C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Cur enim maior sit potestas præscriptionis, quæ nõ nisi tacitæ remissionis iure censetur, quàm expressę renuntiationis? Aut quę iniquitas emerget, si post abiectũ per renuntiationẽ beneficium nouæ constitutionis, res ad eã iuris rationẽ & æquitatem reuocetur quę obtinuit toto iure Digestorum? Nec simile est quod pragmaticis & interpretibus placet, muheri permittẽdũ esse, vt Senatusc. Velleiano renuntiet ex *l. vl. §. pe. D. ad S.C. Vell. l. etiam 11. l. iubemus 21. C. eo. l. vl. & Auth. matris & aviæ. C. quand. mulier tutel. offi. fung. poss.* nec eo minùs tamẽ iuuari mulierẽ Velleiano, vt aduersus eã renuntiationẽ in integrũ restituatur. Nã vt taceã non videri mihi verum quod illi habent pro constanti, valere eiusmodi renuntiationẽ, de quo dicam in sequẽtibus. Posset etiã dissimilitudinis ratio illa afferri, quòd Senatusc. Velleiano nõ modò succursum sit mulieribus pro alio intercedẽtibus, si sibi succurri velint, sed etiã districtè ijs prohibitũ est ne pro alio intercedant, tametsi maximè velint *l. 1. eo.* Inde namque est quòd Paulus respondit, ea qua[illegible] senatu-

Digitized by Google

ſenatuſconſulti quod de interceſſione fœminarum factum eſt, excogitata probari poſſunt, rata haberi non oportere, *l. quidam voluit 29. §. 1. eod.* Quid enim eſſet facilius quàm fraudem ſenatuſconſulto facere, ſi tales mulierũ renuntiationes ſic valerent, vt nec per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſent? At noua Diocletiani & Maximiani lege, qua contrahentibus vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſubuenitur, non illud factum eſt vt probetur venditor læsi, ſi vltrò & ſponte læsi velit, ſed illud tantùm vt ſi per imprudentiam, minúſque cautè contrahendo, aut vrgente rei familiaris neceſſitate vẽdere coactus, læſus ſit vltra dimidiam, agere poſſit ſi velit contra emptorem, vt vel recepto pretio rem reſtituat, vel iuſtum pretium ſuppleat. Nec tamen illud valdè probo, quod interpretibus pleriſque placet, venditorem, qui ſciẽs iuſtum rei ſuæ valorem, læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, beneficium nouæ legis non habere, licèt ei nominatim non renuntiauerit: quaſi indignus ſit cui ſuccurratur, ſiue beneficium vltrò abiecerit, ſiue ob hoc ipſum paſſus ſit ſe decipi vltra dimidiam vt emptorem deciperet, ac poſtmodum legis beneficium aduerſus eum imploraret. Nam perinde, imò magis miſeratione & auxilio dignus eſt, qui ſciens iuſtum rei ſuæ valorem, coactus neceſſitate, vendit viliore pretio quàm ſi valorem neſciret, vt dicemus *Decad ſeq. err. 7.* Sanè ſi neque coactus, neque iuſtum valorem ignorans vendidit, vix eſt, vt putem ei eſſe ſuccurrendum. Illud certè omnimodo requirendum arbitror ad excludendum illius legis beneficium, ſiue per expreſſam, ſiue per tacitam renuntiationem, vt qui læſus eſt vltra dimidiam ſciuerit ſententiam nouæ conſtitutionis, quoniam aliter fieri non poteſt vt ei iuri & beneficio quod quis ignorat an ſibi competat, aut quale illud ſit, vtiliter renuntiare poſſe videatur, *l. mater decedens 19. D de inoffi. teſtam.* Sed non puto ſimiliter diſtinguendum eſſe, quomodo quidam diſtinguunt, an neceſſitate cogente, adactus ſit venditor ad rem ſuam tam vili pretio diſtrahendá, an potiùs ex voluntate meráq; liberalitate. Inauditum enim eſt vt alicui liceat rem quam vendidit actione vlla condicere, ob id ſolùm quod neceſſitate cogente vendiderit, niſi coactio illa ſit à perſona quæ vim & metum intulerit ad extorquendam venditionem. Alioqui fuiſſet illa iuſta cauſſa petendæ reſtitutionis etiam iure vetere, illo ſaltem caſu quo ad coactionem illa immodica quoque læſio acceſſiſſet: quod tamen falſum eſſe probauimus in errorem ſuperiorem: Cùm vix vnquam fuerit vt viliſſimo pretio res ſuas diſtrahere voluerint, niſi qui cogente neceſſitate venderent. Sed etſi admitterem ad reſcindendam venditionem ex cauſſa immodicæ læſionis nihil obſtante renuntiatione poſſe locum eſſe reſtitutioni, non tamen ſtatim conſequens fiet vt emptor fructus omnes à ſe perceptos reddere compellatur. Nam quod proximo capite diximus, eam reſtitutionum omnium naturã eſſe, vt non minùs quòd ad fructus quàm quod ad rem ipſam attinet, omnia in priſtinum ſtatum reduci oporteat, non poteſt ad hunc caſum pertinere, in quo ſcilicet datur reſtitutio, non ad reſcindendum contractum ipſum venditionis, ſed ad reſcindendam duntaxat renuntiationem; quę ſi facta non eſſet, iam probauimus eas iudicis partes fore, vt non alios fructus ab emptore reſtitui iubere deberet, quàm quos ipſe poſt cõteſtationem percepiſſet. Quis enim æquum putet, vt melior ſit conditio venditoris ratione fructuum ſi beneficio legis renuntiauerit, quàm ſi non renuntiaſſet? & plus iuris eum habere ob id ſolùm quod renuntiauerit? Atqui ſi renuntiatio nulla facta eſſet, haberet venditor actionem ad hoc duntaxat vt

emptor vel rem reddere pretio recepto, vel iustum pretium supplere teneretur, sine vlla fructuum restitutione, quia neque de fructibus quicquam ab Imperatoribus constitutum est, neque ex iuris ratione constitui potuit aduersus eum qui bona fide & cum iusto titulo fructus suos fecisset. Ergo si renuntiatio interuenerit, cùm hoc minùs iuris habeat venditor, quòd audiendus non sit ultra auxilium restitutionis, non debet in eo plus iuris habere vt fructus ante litem contestatam perceptos petere possit. Nihil.n. aliud iuris ei adfert restitutio, nisi vt in eum statum venditor restituatur in quo esset, non si non contraxisset, sed si beneficio legis non renuntiasset. Non.n. plus reddit restitutio quàm abstulerit læsio, id est, ea caussa quæ inducit restitutionem. In proposito autem restitutio competit, & necessaria est, non propter læsionem in pretio, sed propter illã quæ interuenit in eo quod legis beneficio ex caussa immodicæ læsionis competituro renuntiatum fuit. Sola igitur renuntiatio per restitutionem rescinditur. Planè quòd ad fructus pertinet qui post contestationem percepti sunt, nemo dubitat quin venditori restituendi sint, vicissimque vsuræ pretij emptori, quia post litem contestatam possessores omnes sunt pares, id est, pro malæ fidei possessoribus habendi, *l sed etsi lege 25. §. si antè.* D. *de petit. here.* Plerumque tamen solet compensatio fieri fructuum cum vsuris, ad concurrentem vsque vsuratum quincuncium quantitatem, vt & in *l. minor* 40. *§. vlt.* D. *de minor.*

ERROR NONVS.

De minore qui petita propter ætatem restitutione, nec probata ætate probauit immodicam læsionem.

CVM restitutio quæ minoribus annis vigintiquinque dari solet propter lubricum ætatis, non aliter competat, quàm si & minor ætas & læsio aliqua probetur *l. nam posteaquàm* 14. § *ff. si minor. D. de iureiur.* euenit plerumque vt qui ex caussa & priuilegio minoris ætatis petit restitutionem, alleget etiam læsionem, nec eam tantùm quæ cum ætatis fauore coniuncta sufficeret ad inducendam restitutionem, sed illã etiam propter quã æquum esset maiori quoque subueniri, id est, quæ esset immodica & vltra dimidiã iusti pretij. Etsi enim ex ea caussa, si pragmaticis crediinus, restitutio competere perinde posset ad rescindendam venditionem, etiam non probata minori ætate: potest tamen minoris interesse, vt tanquam minor potiùs, quàm quasi maior impetret restitutionem, quia plenius est & fauorabilius auxilium restitutionis minorum, non modò quòd ad fructus medio tempore perceptos attinet, secundùm ea quæ à nobis in superioribus contra pragmaticos disputata sunt: sed in eo etiam maximè, quòd minori restituto ipsa res quæ aliquando minoris fuit, restituenda est præcisè, nec auditur emptor si iustum pretium supplere malit. Interest namque minoris rem potiùs habere quam vẽdidit, cùm vendere non expediret. Quod in maiorum restitutionibus, si quæ ex caussa immodicæ læsionis competere possunt, diuersum est. Datur enim emptori electio iusti pretij supplendi si id malit, quàm recepto pretio rem restituere *l. 2. & l. si voluntate* 8. *in fin. C. de rescind. vendit.* Accidit autẽ aliquando, vt deficiat actor in probatione minoris ætatis, probet verò immodicã, & vt vocãt, enormem læsionem: quo casu dubitari solet, an obtinere debeat hactenus saltem, vt iure maioris cogere possit emptorem ad rem restituendam, ni iustum pretium supplere malit. Et pragmaticorum errore receptum est, tantum

tam esse inter huiusmodi restitutiones coniunctionem & adfinitatem, vt qui iure minoris restitui non potest, restitui tamen debeat iure maioris, si ea probauerit quæ maiori ad victoriam satis esse possent. Quod mihi videtur cũ iis quæ supra constituimus maximè dissentire. Nihil enim, meo iudicio, cõmune aut simile habent restitutiones minorum cum restitutionibus maiorum. Minori qui iustam habet causam petendæ restitutionis, res ipsa quæ petitur restituenda est cum fructibus omnibus, id est, iis etiam qui ante litem contestatam percepti fuerunt. Maiori verò non aliter restituenda res est quàm si emptor iustum pretium supplere nolit: eóque casu non fructus omnes in restitutionem veniunt, sed ij tantùm qui percepti sunt post contestationem. Quomodo ergo fieri obsecro potest, vt qui tanquam minor restitui voluit, tanquam maior restituatur? Nam etsi tanquam maior egisset ex causa immodicæ læsionis, nec tamen emptori electionem iusti pretij supplendi reliquisset, malè proculdubio egisse videretur. Egisset enim condictione ex lege contra eam formam quæ ipsa lege constituta esset. In quo etiam video pragmaticos passim errare, quibus visum est sufficere vt restitutio sola rei petatur propter immodicam læsionem, eaque læsio probetur: quasi electio illa supplendi iusti pretij quam lex tribuit emptori, pereat potiùs ex officio iudicis quàm ex iure actionis. Cùm tamen in ceteris omnibus causis ex quibus non præcisè aliquid, sed aut hoc, aut illud debetur, certi iuris sit malè agere eum, & causa plus petere qui alteram rem, non alterutram petit. In proposito enim tantò magis locum id habere debet, quantò minus iuris habet venditor ad rem quam vendidit redhibendam, quàm ad petendum iusti pretij supplementum. Nam res ipsa quæ iam vendita & alienata est, non potest priùs deberi quàm venditio rescissa, aut saltem resoluta sit; rescindi porrò aut resolui nequit, quandiu emptori salua est electio iusti pretij supplendi. Siquidem ea suppletio non fit nisi ex causa contractus, & subsistente venditione, qua iam rescissa & resoluta, de pretio amplius quærendum nihil esset. Illud ergo potiùs admitti deberet vt venditor ab emptore peteret solum iusti pretij supplementum, ac recusante emptore, tum demum quasi consensu emptoris resoluta venditione ageret ad rem restituendam. Cur enim habeamus venditionem pro rescissa & resoluta ex solius venditoris agentis voluntate, quandiu in emptoris arbitrio lex relinquit an stare venditionem velit? An non præpostera illa agendi ratio est, & consequenter indigna quæ admittatur? Denique cùm noua illa Imperatorum constitutio sola humanitate & æquitate nitatur ne emptor immodicè lædatur, quis non videt ita demum posse reduci rem ad suam æquitatem, si quod iusto pretio deest, suppleatur, non etiam si res ipsa quæ vẽdita fuit reddatur? Hoc enim casu tantum abest vt reuocetur negotium ad suam æquitatem, vt ex contrario quod contractum fuerat, dissoluatur: quod ipsum fieret sanè perinique nisi ex ipsius emptoris voluntate fieret, in cuius potestate fuit facere vt contractus teneret, nec dissolueretur. Proinde non solùm æquitatis, sed etiam iuris ratio facit, vt ex cõtractu agi oporteat potiùs & priùs quàm ex distracto, aut si mauis, ad contractum adimplendum, priùs quàm ad distrahendum. Quamquã non inficior, si, quod plerũque fit, actor dicat probétque se immodicè læsum esse, ex eáque causa petat sibi rem suam restitui ex beneficio *legis secundæ C. de rescind. vendit.* posse id sufficere vt ritè rectéque egisse existimetur, vt quod per relationem expressum est, pro sim-

pliciter expreſſo habeatur. Legis enim beneficio implorato calúnioſum fuerit exiſtimare contra ipſius legis formam agere venditorem voluiſſe: nec aliæ hoc caſu iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt legis vim & poteſtaté ſequatur, condemnato emptore vt vel ré reſtituat vel iuſtum pretium ſuppleat: vtrumque enim æquè principaliter, licèt alternatiuè, venit & in actionem & in condemnationé: Quòd ſi admittendum eſſet alterum eſſe in obligatione, alterũ in præſtatione & officio iudicis, dicerem potiùs in obligatione & actione id contineri vt iuſtum pretium ſuppleretur, in præſtatione verò & officio iudicis, vt nolente emptore iuſtum ſupplere pretiũ, res ipſa cum fructibus reſtitueretur. Atque minor qui ex cauſſa minoris ætatis petit reſtitutionem, nõ modò in id agit præcisè vt rem ipſam habeat, ſed etiam ita agit, vt quamuis non exprimat, hoc ipſo tamen quod agit tanquam minor, deneget emptori ſupplendi iuſti pretij electionem: quę ſcilicet numquam tribuitur ei qui à minore læſo conuenitur. Nam quod præter ętatem allegat etiam læſionem, non eò pertinet vt propter læſionem ſolam reſtitui velit, ſed id ex neceſſitate facere cogitur, quia nec ſola ætas ſine læſione prodeſſet. Poteſt autem probatio læſionis immodicæ, & quæ ſit vltra dimidiam iuſti pretij prodeſſe actori, aliquando etiam vt reſtituatur tanquam minor facilius, quàm ſi non tam grandis læſio probaretur. Nimirũ ſi, quod ſæpe accidit, dubiæ ſint, & in vtramque partem æquales ætatis probationes. Etſi enim omnino incũbit minori vt ætatem, cui ſuccurri vult, pręcisè probet, quoniam hac parte tempora computãtur de momento in momentum, vt lex ait, non leuis tamen præſumptio eſt quòd minor fuerit potius quàm maior is qui tam graui læſione iniuriam ſibi fieri paſſus ſit: Eſt enim & facilius & frequentius vt minor hac in re quàm vt maior decipiatur, ſicut & multò æquius eſt vt ei qui tam magno damno affectus eſt ſubueniatur, quàm ei qui minorem alleget læſionem. Concludamus igitur fieri nul lomodo poſſe vt remedia hęc impetrã dę reſtitutionis ex cauſſa minoris ętatis & immodicę læſionis ſimul concurrant, non magis in perſona minoris, quàm ſi maior ille eſſet, qui reſtitutionem poſtularet, niſi fortaſſis eo modo quo etiam cõtrarię actiones, eodem libello proponi poſſunt, id eſt ſubordinatè, aut potiùs alternatiuè, vt ſi actor in vna defecerit, aliam ſaltã habeat in qua obtinere poſſit. Idque conſilium vt tutiſſimum, ita optimũ eſt, & ab iis minoribus haud dubiè amplectẽdum qui ętatis ſuæ probationes minùs certas & exploratas hebent.

ERROR DECIMVS.

De cumulatione condictionis ex Can. redintegranda 3. quæſt. 1. *cum condictione ex l.* 2. C. de reſc. vendit.

SI cui perſuaſum erit quod nos proximè diſputauimus, auxiliũ reſtitutionis, quod minoribus aliquomodo deceptis cõpetit, non poſſe concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ & enormis læſionis, multò facilius is admittet, quod nos nunc tractandum proponimus, condictionem *ex Can. redintegranda 3. quæſt.* 1. cumulari non poſſe cum ea condictione quæ ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano inducta eſt in *l.* 2. *C. de reſcind.*

Digitized by Google

rescind.vendit. Prior enim illa condictio quam ius pontificium induxit non modò contra spoliatorem ipsum, sed etiam contra tertium quemlibet, adeóque si multus credimus, bonę fidei possessorem, tam amplas & fauorabiles habet prętationes, vt probata spoliatione ex parte actoris, & possessione ex parte rei, non possit reus non condemnari vt rem ipsam præcisè restituat, & quidem cum fructibus omnibus, id est sine vlla distinctione eorum qui percepti sint ante vel post litem contestatam. Ea verò condictio quę maioribus datur *ex l.2.C.de rescind.vendit.* neque contra quęlibet possessorem competit, sed contra eum duntaxat qui ipse contraxit, vt nos probauimus, neque ad rem pręcisè restituendam, sed ita vt salua sit emptori electio iusti pretij supplendi, si id malit, nec denique ad fructus omnes repetendos, sed ad eos duntaxat, quos emptor à die litis contestatę perceperit. Quę tres insignes differentiæ sunt inter vtramque condictionem, & eiusmodi sanè, vt cumulationem illam quam nos fieri posse negamus, nullomodo patiantur. Idque & ex pragmaticis nonnulli fatentur, quibus iurisprudentia non prorsus despectui aut ludibrio est: eo scilicet casu quo in integrum restitutio (sic enim appellant) danda sit ex caussa enormis duntaxat lęsionis. Distinguunt namque omnes quotquot sunt, læsionem enormem ab enormissima, interpretantes enormem illam, quę est vltra dimidiã iusti pretij, enormissimam verò eam quę excedit bessem, vt puta si quis rem dignam trecentis & decem aureis, emerit centum. Huiúsque distinctionis rationem illam adferunt, quòd fieri nequeat vt enormissima illa lęsio nõ inducat pręsumptionem doli ex proposito, quinimò probationem plenissimam doli in re ipsa qui dolo ex proposito non malè cõparandus videatur *ex l. si quis cùm aliter 35. D.de verbor.obligat.* De quo quia iam satis multa contra errorem istum scripsimus *Decad.1.* non erimus hîc in eo refellendo longiores. Hoc tantùm monebimus, nouam illam Impp. constitutionem, quæ maioribus vltra dimidiam iusti pretij læsis ita succurrendum putauit, vt tamen saluam ijs reliquerit supplendi iusti pretij electionem, nullam omnino huiusmodi distinctionis coniecturam præbere. Nihil enim aliud exigit, nisi vt venditor lęsus sit vltra dimidiam iusti pretij, humanúmque esse ait vt hoc casu emptor vel rem sibi venditam restituat recepto pretio quod dedit, vel iustum pretium suppleat. An non verò hoc ipsum tantò humanius est quantò grauior lęsio interuenerit? An putas potiùs inhumanum fore si emptori qui tam grandi læsione venditorem deceperit, electio aliqua relinquatur? Atqui non habet venditor quod conqueratur, cùm eligente emptore iusti pretij supplętionem res ad suam ęquitatem reuocatur. Iniquitas enim quę dat caussam restitutioni, in eo tantùm consistit quòd prorsus viliissimo pretio res distracta fuerit. Ea verò iniquitas corrigitur, cùm emptor aut iustum pretium supplere aut rem restituere cogitur. Nec eo minùs tamen fructuum interea perceptorum lucrum emptori saluum esse conuenit, cùm imputari magis possit venditori cur iure suo vsus non sit, nec citiùs petierit contractum reduci ad ęquitatem, quàm emptori cur in pretio venditorem tam grauiter deceperit, quod ille putare potuit & debuit sibi licere *l.in causse 16. §. idem Pomponius D.de minor. l. item si 22. §. vltim. D. locat.* quibus locis quod aiunt Iureconsulti licere contrahentibus in emendo & vendendo se in pretio decipere, & quidem naturaliter, id est, ita ferente non solùm natura ipsa tractatus empti & venditi, sed etiam naturali propensione eorum qui ad emendum

aut vendendum accedunt, *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Id, inquâ, generaliter & indistinctè traditum est nulla læsionis quantitate taxata, id est, non adhibita illa distinctione, An intra aut vltra dimidiam iusti pretij læsus sit venditor, sicut & lex Imperatoria quæ venditori vltra dimidiam iusti pretij læso succurrit, non distinguit an bessem quoque pretij ea læsio excedat necne. Quod cùm ita sit, nec nos distinguere debemus vulg. *l. de pretio 8. D. de Publician. in rem act.* Et sanè quod pragmatici post nonnullos interpretes induxerunt de enormissima læsione, vt tunc interuenisse videantur, cùm vltra bessem iusti pretij venditor læsus est, non solùm sine lege est, sed etiam sine ratione. Sed illud multò magis, quod addunt ex hac causa contractum habendum esse pro nullo & infecto, quemadmodum, inquiunt, si dolus ex proposito interuenisset. Nam etsi poneres dolo malo & pessimo emptoris circumscriptum venditorem, non in eo quod vendidisset (faceret enim ea res nullam ipso iure venditionē *l. & eleganter 7. ff. de dolo*) sed in eo tantùm quod vilissimo pretio vendidisset, contractus tamen ipso iure subsisteret, satisque esset æquitate iudicij bonæ fidei hactenus purgari dolum vt venditori conuento iustum pretium suppleretur. Id enim iam olim non solùm in iudicio de dote, quod omnium maximè bonæ fidei erat, obtinebat *l. si res æstimata 12. §. si mulier. D. de iur. dot.* sed etiam in datione in solutum, quæ propiùs accedit ad venditionem *l. si quis aliam 46. in fin. D. de solut.* Et in contractu diuisionis qui æquè bonæ fidei semper fuit, vtpote diuisione ipsa vicem emptionis obtinente *l. 1. Cod. commun. vtriusque iudic.* ijdem Imperatores, quorum est *dicta lex 2. Cod. de rescind. vendit.* apertè rescripserunt, nec noui iuris constituendi, sed veteris conseruandi gratia, illo etiam casu quo per fraudem vel *dolum*, adeóque perperam dummodò sine iudicio facta diuisio sit, subueniri maioribus oportere: An vt à diuisione prorsus recedatur acsi nulla facta esset? Minimè: sed vt quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformetur, *l. maioribus. 3. Cod. comm. vtriusque iudic.* Nimirū æquitate ipsius iudicij, quia vt lex ait, iudicium bonæ fidei est, in contractibus autem qui bonæ fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita iura publica subueniunt, *l. in contractibus 3. Cod. ex quib. caus. maior.* quia scilicet bono & æquo non conuenit aut lucrari quem ex damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum *l. iure succursum 6. §. vlt. D. de iur. dot.* Adeò vt nec sit hoc casu necessaria in integrum restitutio, quia quod potest æquitas restitutionis in cæteris causis, id in bonæ fidei iudiciis officium solum iudicis potest, quandiu actio bonæ fidei competere potest, vt non obscurè innuit *dicta lex, In contractibus.* Itaque æquitas illa quæ facit vt venditori tam immodicè læso succurri oporteat, non facit, etiamsi vltra bessem læsus proponatur, vt contractus habeatur pro infecto, sed vt habeatur pro imperfecto quousque reformatus sit, & perfectus, siue agendo condictione ex *l. 2. C. de rescind. vendit.* siue excipiendo æquitate iudicij, *l. 3. C. quib. ex caus. maior. d. l. 3. C. commun. vtriusque iudic.* Aut vt rescindatur, si is qui dolum admisit iudicio bonæ fidei conuentus nolit consentire vt ad suam æquitatem res reuocetur, quod fit in venditione, si emptor venditi iudicio lacessitus antè solutum pretium, præstare & supplere iustum nolit. Æquissimum sanè est deteriorem esse conditionē eius qui in contractu bonæ fidei dolū admisit, quàm eius qui bona fide, licèt magno suo cōmodo rem gesserit: Deteriorem, inquam, non in eo duntaxat, quòd cōtractus rescissionem per in integrum restitutionem ex doli causa inuitus pati cogatur, sed

in eo

in eō etiam quod fructus omnes reſtituere debet, vtpote mala fide percepto *l.1. C. de dolo.* quos tamen dolo nullo interueniente ſuos faceret iure bonæ fidei poſſeſſoris, quantacumque læſio in pretio adeſſe proponeretur. Perpetuò enim verum eſt quod ait *l. dolus 10. C. eo.tit.* dolū emptoris exqualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimandum eſſe. Longeque alia Vlpiani ſententia eſt in *d.l. ſi quis cùm aliter 35. ff de verb. oblig. & l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo,* vt ſcripſimus in *error. 7. Decad. 5.*

ANTONII FABRI IC.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS OCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De diuiſione in qua læſio interuenit.

QVONIAM diuiſio emptionis vicem obtinet *l. 1. C. commun. vtriuſq; iudic.* ſicut & permutationis *l. ſi filia 20. §. ſi pater. D. fā. erciſc.* nemo dubitat quin ex cauſſa immodicæ læſionis ſubueniendum ſit ei ex condiuiſoribus, qui deceptus eſt, etiamſi maior proponatur *l. maioribus 3. C. commun. vtriuſq; iud.* Exemplo, inquiunt, venditionis, in qua hoc ipſum à Diocletiano & Maximiano conſtitutū eſt in *l. 2. C. de reſc. vend.* Sed quanta læſio requiratur, vt in integrum reſtitutioni aduerſus diuiſionem locus fiat, quomodo pragmatici loquuntur, aut vt contractus in melius reformetur, quæ eorundem Imperatorum verba ſunt, *d. l. maioribus*, non ſatis conſtat inter iuris interpretes, nedum inter pragmaticos. Etſi. n. *Accurſio* & pleriſque ex antiquioribus interpretibus viſum eſt, ad exemplum venditionis non aliter ſubueniendum eſſe ei qui læſus eſt, quàm ſi vltra iuſti pretij dimidiam læſus ſit. Multorum tamen, præſertim pragmaticorum aliud iudicium eſt, exiſtimātium ſufficere poſſe ad cōtractū reſcindendum, ſi ad quartam vſque iuſti pretij læſio probetur. Quā ſententiam in Galliæ tribunalibus receptiſſimam eſſe refert Imbertus in enchiridio, contendens, quod magis eſt, non eſſe eā à iure ſcripto alienā ex *Auth. contrà cùm rogatus, C. ad S. C. Trebell.* vbi ſcriptū eſt ex Iuſtiniani *Nouell. 108. cap. 1.* cùm quis rogatus fuerit, vt ſine liberis decedens quod tunc ex hereditate ſupereſt reſtituat, quartam eum inſtitutionis fideicommiſſario reſtituere compellendum. Mouetur ex ratione illa generali poſita in *dicta lege, maioribus, Quia in bonæ fidei iudicijs quod inæqualiter factum eſſe cōſtiterit, in melius reformabitur.* Quis enim neget inæqualiter factam eſſe diuiſionem, etiamſi non vltra dimidiam læſio interuenerit? Sed tamen ſi ea ratiocinatio recta eſt, conſequens fiet vt & venditori intra dimidiam læſo, eadem ratione

subueniri æquum sit, cùm iudicium empti & venditi non minùs bonæ fidei sit, quàm quod ex diuisione facta competit, & consequéter ratio illa generalis ad omnia bonę fidei iudicia pertinens, non minùs ad emptionē & venditionē, quàm ad cæteros bonæ fidei contractus accommodari debeat. Quare nec desunt qui putent eam saltem læsionem in cōtractu diuisionis reformādo exigi, quæ iusti pretij trientē excedat, aut certè æquet, maximè si non inter fratres agatur inter quos æqualitas exactior seruāda est, *l. inter filios 11. C. famil. erciſc.* sed inter alios siue coheredes, siue communiū bonorū cōdiuisores. Sed his quoque illud obstat, quod cùm eadem diuisionis, quæ aliorū bonæ fidei contractuū ratio cōstituatur in *d. l. maioribus*, certum tamē est vēditionē non magis reformari, si ad trientē vsque iusti pretij læsus sit venditor, quàm si ad quadrantē duntaxat, requirique omnimodo vt vltra dimidiā læsum se cōqueratur. Scio posse non eleganter diuisionis & emptionis diuersam in eo cōstitui rationē, quòd qui diuidūt, non id agūt vt alter alterum in pretio aut potiùs valore diuidendarum terū circumscribant, sed vt suā quisq; portionē quota & quantacumq; tandē illa sit, integrā, nec aliud pręterea quicquā consequatur. At qui accedunt ad emendū & vendēdū, eo animo sunt, vt alter alterū in pretio quantū fieri potest decipere velit, emptor quidē viliùs comparando, vēditor autē carius distrahendo *l. si volūtate 8. C. de rescind. vendit.* Verūenimuerò illa semper dubitatio manet, quòd in *dict. l. maioribus* sic loquūtur Imperatores, vt significent non iure aliquo singulari quod in iudiciis diuisoriis obtineat, sed ex iure cōmuni omnium bonæ fidei iudiciorum, siquid inæqualiter factū esse constiterit, id in melius reformari oportere. Quòd si ita est, non facilè defendi aut explicari potest, in quo hac parte diuisio differat à venditione. Ego longè aliter quàm ab interpretibus aut pragmaticis hucusque factū sit, totā rē hāc diffiniendā esse arbitror. Illud imprimis statuo, quod facile omnes admittent, licèt pauci animaduertant: Differre bonæ fidei iudicia ab iis quæ nos stricti iuris appellam°, cùm in aliis quàm plurimis, tū in eo maximē, quòd in strictis, si neque dolus, neque vis, aut metus interuenerit, etiāsi læsio in re ipsa sit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur, quia in eo iudiciorum genere nullum officium est iudicis, nisi vt formulæ subseruat, & conuentionis, ex qua agitur, formam precisè sequatur. Sed nec restitutioni facilè locus est, nisi ex iis cauſſis quas prudentes cōgerunt in interpretatione edicti *ex quib. cauſ. maior.* nisi fauor minoris ætatis intercedat. Dolo autē, vel vi aut metu interueniente, non modò vtile, sed etiam necessarium est auxiliū restitutionis ex edicti capite *De dolo* aut *De eo quod metus cauſ.* quia cùm in huiusmodi iudiciis nulla prorsus æquitatis, sed tantùm stricti iuris ratio habeatur, non potest fieri vt eam admittant reformationē, quam æquitas alioqui suggerere videretur, quandoquidem & ea cōtractuum stricti iuris natura & cōditio est, vt nec æquum sit in iis haberi rationem æquitatis. In iis autem iudiciis quæ sunt bonæ fidei, siue dolus, siue vis, aut metus interuenerit, siue quid aliud quod aduersus contractum stricti iuris inducere posset restitutionem, sufficit æquitas iudicij pro restitutione vt ad æquitatem omnia reuocentur, nempe si is conueniatur qui dolū passus est, aut metum. Hoc enim est quod dici solet, Exceptiones doli bonę fidei iudiciis inesse, *l. sed etsi 21. D. ſolut. matrim. l. huiusmodi 84. §. quiſeruum. de legat. 1.* Tantundēmq; in iis potest officium iudicis, quantum doli exceptio in strictis. Imò & quātum ipsa in integrū restitutio *l. in contractibus 3. C. ex quib. cauſ. maior. l. iure ſuccurſum 6. §. vlt. D. de*

vlt. D. de iur. dot. iúct. *l. si ex causſa 9. §. in dotis quoque modo D. de minor.* adeóque quod magis mirum eſt, quantum in ſtipulatione nominatim facta interrogatio, *l. quia tantundem 7. D. de negot. l. quaro 54. D. locat.* Cæterùm ſi is qui dolum, vel vim aut metum paſſus eſt, non conueniatur, ſed agere velit, amiſſa fortè iam poſſeſſione rei quam repetere vellet, ſicuti agere cogitur, ita & in integrum reſtitutionem poſtulare, quia non poteſt fieri vt officio iudicis locus ſit niſi propoſita prius actione ex bonæ fidei contractu: quam porrò proponere non poteſt is qui id agit vt ex capite metus vel doli contractus reſcindatur. Itaque quemadmodum in ſtrictis iudiciis doli exceptio ſufficit reo, quæ eidem agenti foret inutilis; quoniam ad agendum vt dolus vindicetur neceſſaria eſt de dolo actio, id eſt reſtitutio ex capite doli, ita & in bonę fidei iudiciis dolus quidem vindicatur æquitate iudicij, ſi is ipſe agat qui dolum admiſit, ſed non poteſt naſci actio ex contractu quantumuis bonę fidei ſit, ad contractum qui dolo malo initus ſit reſcindendum, in eámque rem beneficium reſtitutionis prorſus neceſſarium eſt, &, vt dicam breuiùs, officium iudicis in huiuſmodi iudiciorum genere pro doli exceptione eſt, pro actione de dolo non eſt, vbi res integra eſſe deſiit, & bonę fidei iudicium extinctum, neque pro alia vlla in integrum reſtitutione *l. 3. & 4. C. de his quæ vi met. cauſ. l. 1. l. ſi dolo 5. l. dolus 10. C. de reſcind. vendit.* Alioqui dicendum eſſet aduerſus contractum bonę fidei numquam poſſe competere reſtitutionem, ne quidem ex cauſſa metus aut doli, cùm reſtitutio non detur vbi alia actio competit: quod tamen ſupradictis locis aliſque innumeris apertiſſimè negatur. Et quod Symmachus dicebat, Iuris & legum vocem hanc eſſe, Bonę fidei contractum non reſcindi; non hunc ſenſum habet, vt eos contractus qui bonę fidei ſunt, numquam per in integrum reſtitutionem reſcindi oporteat, ſed vt is demum non reſcindatur qui bona fide initus perfectúſque ſit: quo iure cenſeri ſanè non poteſt venditio quam emptoris dolus aut vis extorſerit, tametſi ea quoque bonę fidei dicatur inſpecto ſcilicet eo quod à contrahentibus fieri debuerit, non quod ab iis factum ſit. Illud tamen obſeruádum eſt, in eo plus poſſe officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptionem doli in ſtrictis, quòd in ſtrictis non quælibet æquitas exceptionem doli inducit, ſed ea tantùm quæ ex cauſſa doli proficiſcitur, & quæ rationem illam habet ne aduerſarius ex dolo ſuo lucretur, ideóque reſtitutio plerumque neceſſaria eſt ei etiam qui ex contractu ſtricto conuenitur. At in bonæ fidei iudiciis officium iudicis ſemper & omni caſu non ſolùm pro doli exceptione eſt, ſed etiam pro reſtitutione in integrum, ſi modò ei ſubueniendum ſit, non qui agit, ſed qui conuenitur. Ex his infero ſi in venditione dolus interuenerit ex parte emptoris, ſiue in pretio, ſiue in qua alia re, & emptor agat iudicio empti ad rem tradendam, poſſe iudicij æquitatem ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor aut iuſti pretij ſuppletione, aut alia qualibet ratione dolum purgare paratus ſit. Nam & haberet doli exceptionem ſi officium iudicis ſufficere non poſſet. Nec aliud meo iudicio in diuiſione iuris eſt, ſi rerum diuiſio duntaxat facta, non etiam poſſeſſio translata vel relicta ſit. Agenti enim ex ea diuiſione quæ per fraudem vel dolum facta ſit, obſtabit proculdubio æquitas iudicij, ſufficiétque reo ad excludendam actoris intentionem, vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur. Quę, ni fallor, ſententia eſt *dictæ legis, maioribus 3. C. commun. vtriuſque iudic.* In qua tractari de diuiſione, quę nondum per traditionem &

translationem poſſeſſionis finem acceperit, vt loquitur *l. ſi inter* 8. *eod. tit.* ex eo apparet, quòd lex ponit actũ eſſe iudicio bonæ fidei. Nam diuiſionis placitum niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, non magis prodeſſe poteſt quàm aliud quolibet pactum nudum, *l. diuiſionis placitum* 45. *D. de pact. l. cùm proponas* 21. *C. eod.* Secuta autem traditione impletóque contractu, nulla iam actio ſupereſſe poteſt aut naſci ex diuiſione inter condiuiſores. Sola vindicatio eis competit, cùm eius quiſque rei quam penes ſe habet ex diuiſione dominium nactus ſit, *l. 2. C. commun. vtr. iudic.* Stipulatione autem interpoſita naſcitur quidem actio ex ſtipulatu, ſed quę ſtricti iuris, non bonæ fidei eſt *l. quicquid* 99. *D. de verb. oblig. l. videamus* 38. *§. ſi alienẽ. D. de vſur.* Nõ igitur poteſt ea lex de alio bonæ fidei iudicio intelligi, quàm quod ſit familiæ erciſcundæ, aut cõmuni diuidundo. De quibus etiam totus ille titulus eſt. Atqui nec familiæ erciſcundæ, nec communi diuidũdo iudicio aliter agi poteſt quàm ſi copora maneant communia *l. familiæ* 9. *ff. eod. tit.* Corpora anté non poſſunt videri cõmunia poſteaquàm per diuiſionem poſſeſſionis dominiũ quoq; diuiſum eſt *d. l.* 2. *eo.* Neceſſe igitur eſt vt ea lex intelligatur de diuiſione eiuſmodi quę ſteterit in finibus nudæ conuentionis, necdum ſtipulatione aut traditione effectum ſumpſerit. Quæ res facit, vt quod eo loco ab Imperatoribus conſtitutum eſt, poſſit habere locum non modò ſi is qui à condiuiſore per fraudem vel dolum circumuentus fuit, cõueniatur iudicio communi diuidundo ad diuiſionem eo quo cõuenit modo faciendã, ſed etiam, quod notabilius eſt, ſi ille ipſe qui circumuentus eſt, agat cõmuni diuidundo, tanquam rebus omnibus in communione adhuc retentis. Aduerſario enim excipienti de pacto diuiſionis, replicatio doli obiicietur, *quæ bonæ fidei iudicium faciet, commentúmque fraudis repellet, vt in l. aduerſus* 3. *C. de except.* Quod in cæteris bonæ fidei contractibus qui nudo conſenſu perficiuntur diuerſum eſt, in quibus traditio non eſt neceſſaria vt contractus perfectus videatur. Quamquam magis mihi placet prior interpretatio, vt *d. l. maioribus*, ad eum caſum pertineat quo conuenitur is qui dolum paſſus eſt, non quo agit, cùm non requirat doli replicationem aduerſus pactũ, quæ tamẽ neceſſaria eſſet vt iudicium bonæ fidei conſtitueretur, *d. l. aduerſus*. Sed ſi dolus nullus, vis nulla interuenerit in venditione, at læſio duntaxat in pretio quãtacumque citra dolũ, cùm dolus ex qualitate facti, non ex quãtitate pretij æſtimetur, *d. l. dolus* 10. *C. de reſcind. vendit.* dico non poſſe æquitatem iudicij ſufficere venditori, ſi empti iudicio, quod bonæ fidei eſt, cõueniatur ad rẽ tradendam, quominus tradere rem cogatur, etiãſi iuſtum pretium ſupplere emptor nolit, quoniam æquitas nulla eſt quę hoc ſuadeat, ſiquidem in pretio emptionis & venditionis naturaliter, id eſt ex natura, negotij quod geritur, licèt contrahẽtibus inuicẽ decipere, niſi adſit dolus malus, *l. in cauſſa* 16. *§. idẽ Pomponius. D. de minor. l. ſiẽ ſi pretio* 22. *§. vlt. D. locat.* Multo minùs autẽ ſufficiet æquitas iudicij ad dãdam actionem vẽditori vt emptor aut rẽ tradere pretio recepto, aut iuſtum pretium ſupplere teneatur. Eſt enim longè difficiliùs vt actio detur vltrò ad reſcindendũ contractũ, quàm vt aduerſus agentem ex contractu officium iudicis imploretur. In eámque nimirum rem neceſſaria fuit noua conſtitutio *d. l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* quæ venditori vltra dimidiã iuſti pretij læſo ſubueniret, & quidem in vtrumq; caſum, id eſt, ſiue is ageret, ſiue conueniretur. Humanum enim viſum eſt non tam laxus habenis permittendum eſſe ementibus & vẽdẽtibus ſe in pretio decipere, ſed ad finẽ

vſque

Digitized by Google

vſque dimidiæ iuſti pretij: quod ipſum priuſquàm conſtitutum eſſet, & Pandectarum iure non oporteat haberi pro cõſtituto. In diuiſione verò quin idẽ quod in emptione hodie obtinere ius debeat, ſi alter ex condiuiſoribus vltra dimidiã iuſti pretij læſus ſit, nemo ex pragmaticis dubitat. Cur enim cõdiuiſoris, inquiunt, deterior conditio ſit quàm venditoris etiamſi traditio ſit ſubſecuta? Malè, vt poſteà dicemus. Sed ſi intra dimidiam læſus proponatur, hic verò caſus eſt de quo dubitari poſſe putant, id eſt, an eadẽ in omnibus hodie ſit, olimq; fuerit ratio diuiſionis & venditionis. Et puto eſſe ſempérque fuiſſe planè diuerſam, in eo quòd nõ ſicuti naturaliter licèt cõtrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, ita & in diuidendo permiſsũ eſt vt ſuã quiſque ex diuiſoribus portionẽ alieno incõmodo faciat ampliorẽ, quàm ex ratione eſſe debeat. Id enim agunt qui diuidunt, vt vnuſquiſque id duntaxat ferat quod ſuum eſt, ex alieno autẽ nihil: quamobrem nec quicquã acquirere dicitur qui diuidit, quoniã licèt fiat dominus eius portionis quã in re communi ſocius habebat, tamen de ſuo tantundẽ præſtat ſocio, quantũ ab eo accipit. Æquitas igitur iudicij bonæ fidei ſufficere poteſt ad contractũ qui inæqualiter factus ſit in melius reformandũ, ſi cõmuni diuidendo agat ille qui ex inæquali diuiſione lucrũ captat. Nam ſi cõueniatur, proculdubio ei proderit pactũ diuiſionis ad exceptionẽ, quę doli replicatione elidi nõ poterit, cùm ponamus nihil dolo malo factũ eſſe. Non enim magis in diuiſione quàm in emptione dolus æſtimãdus eſt ex inæqualitate portionũ, ſed ex ſola qualitate facti *d.l dolus* 10. *C. de reſc. vend. & l. dolũ* 6. *C. de dolo*. Itaque vno illo caſu quo is qui in diuiſione læſus eſt, agere velit iudicio communi diuidundo, adhibenda diſtinctio eſt, an dolus aliquis cõdiuiſoris interuenerit, nẽne; quia ſola doli, aut quæ ſimilis eſt metus replicatio iudiciũ bonæ fidei cõſtituere poteſt, quod per exceptionem pacti euerſum videbatur: cùm & ex bona fide illud ſit vt pacta ſeruentur, quæ nec contra bonos mores, nec cõtra leges facta ſint *d.l. aduerſus* 3. *C. de excep.* Sed ſi is qui à condiuiſore læſus eſt conueniatur eodem iudicio communi diuidũdo, nihil prorſus intereſt an inæqualitas ex condiuiſoris dolo profecta ſit, an emerſerit citra dolum, quia vtroque caſu æquũ eſt & ex veriſimili voluntate contrahentiũ, vt quod inæqualiter factũ eſt, ad æqualiatẽ reuocetur. Æquitas autẽ illa licèt ſufficiens non ſit ad exceptionẽ doli inducendam, cùm dolus nullus interuenit, tamẽ ſufficiens eſt ad inducendũ officiũ iudicis, quod, vt dixi, cæteris omnibus exceptionibus longè plenius & vberius eſt. Idque eſt quod ait *d.l. maioribus, per fraudẽ, vel dolũ, vel perperam factis diuiſionibus*, vt intelligamus nihil hac parte inter hæc intereſſe. Perperam enim factas diuiſiones intelligo, quæ malè, id eſt inæqualiter factæ ſunt, citra fraudem tamen, vt ea adiectio nonnihil operetur, ſed hoc tamen ex ſuperioribus ſemper repetitum volo, vt is locus ad eum caſum coangũſtetur, quo ex diuiſione traditio ſecuta nondum ſit, quando alioqui futurum eſt, vt nihil ſit quod tractari queat de iudicio communi diuidundo, ſublata per dominij trãſlationem communione. Cæterùm ſi res deſierint eſſe communes, id eſt, ſi rerum communium diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finẽ acceperit, vt loquitur *d.l. ſi inter 8 eo.* nego poſſe diuiſionẽ quantumuis inæqualem reformari in melius æquitate iudicij, quia neque iudiciũ bonæ fidei vllum ſepereſt quod exerceri poſſit, ſiue dolo malo, ſiue citra dolũ ea inæqualitas contigerit, ſiue is qui læſus eſt, agat, ſiue conueniatur. Planè ſi vis vel dolus interceſſit, reſtitutio in integrum competet ad reſcindendam diuiſionem ex capite edicti *De dolo*, vel *De eo quod met. cauſſa*. Sicut & ex

capite minoris ætatis, si minor fuerit is qui læsus proponitur. *l. pen. C. commu. diuid. l. 1. C si aduerſ. tranſact. vel diuiſ.* Sed nulla intercedente vi, nullo dolo, vel metu, non puto ex cauſſa ſolius læſionis quantumlibet immodicę reſcindi poſſe diuiſionem, ſi inſpicias ius Pandectarum. Nec dubito quin ea ſit ſententia *d. l ſi inter*, cùm ait, Si inter maiores annis viginti quinque diuiſio rerũ communium relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inita rari mutuo bona fide terminata conſenſu minimè poſſe. Iam enim monuimus nõ eo minus bona fide perfectam videri diuiſionẽ, quòd læſio interuenerit. Alioqui dici non poſſet quid hac parte inter maiores & minores intereſſet, cùm nec minoribus tam facilè detur reſtitutio aduerſus diuiſionem, ſed cauſſa cognitâ, vt ſcriptum eſt in *d. l. pen.* id eſt ita demum, ſi læſi nec in re modica proponantur. De minimis enim, vt dici ſolet, non curat prætor *l. ſcio 4. D. de in integr. reſtit. l. ſi quis adfirmauit 9. §. vlt. D. de dolo*, ne tum quidè cùm minoribꝰ ſuccurrit. Etſi enim non ignoro poſſe ſatis magnam læſionem videri ad inducendam minoris reſtitutionem, etiamſi intra quartam iuſtæ æſtimationis partem læſus ſit, quis tamen prudentium vnquam dixit, læſionem quæ in re ipſa duntaxat quantacumque contigerit, poſſe locũ facere reſtitutioni inter maiores? Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat quod ſupra diximus, diuidentium non eam eſſe mentẽ vt ſe circumſcribant, ſed vt ſuam quiſque portionẽ integram ferat. Inducit enim ea res iudicij æquitatem duntaxat, ſi poſt diuiſionẽ factam necdũ perfectam, agatur communi diuidundo, vt docuimus, non etiã æquitatem reſtitutionis à reſcindendam diuiſionem, quæ ſecutis hinc inde traditionibus iure perfecta, impletáque ſit: quia facilius eſt vt reformetur diuiſio quadiu deſtinata magis quàm perfecta dici poteſt, quàm vt perfecta reſcindatur. Denique ſicut læſio ſola non inducit exceptionẽ *doli in ſtrictis* iudiciis, nec item in integrũ reſtitutionẽ aduerſus contractum ſtricti iuris, ita neque poteſt inducere officiũ iudicis in cõtractibus bonæ fidei, ad hoc vt cõtractus vltrò reſcindatur per actionẽ, ſed ita demũ duntaxat ſi iudiciũ bonæ fidei exerceatur, quod portò exerceri nullũ amplius poteſt ex cauſſa diuiſionis, ſiue factæ, ſiue faciẽdæ, cùm omnino peracta perfectáque diuiſio eſt. Eõque pertinent, quod nemo tamẽ obſeruauit, verba illa *d. l. maioribus. Sine iudicio factis diuiſionibus*, nõ vt iudicis autoritati aliquid hac in re tribuatur, vt vulgò pragmaũci ſentiũt, ſed quia cùm interueniente iudicis autoritate fit diuiſio, fiunt à iudice mutuæ adiudicationes, *l. item Labeo 22. §. 1. & paſſ. D fam. erciſc. l. 3. l. communi 7. in princ. & §. 1. & paſſ. D. commu. diuid.* quarũ adiudicationum vis & poteſtas illa eſt vt dominiũ ſtatim tranſferatur in eũ cui facta eſt adiudicatio. Eſt enim adiudicatio, ſicut & traditio, vnus ex iis modis per quos adquiritur dominium iure Quiritium, apud *Vlpian. 19. De acquiſit. rer.* Proinde factis per iudicẽ diuiſionibus, atque ita traſlato per mutuas adiudicationes dominio, nõ poteſt ſupereſſe iudiciũ familiæ erciſcundæ aut cõmuni diuidundo, cuius æquitate poſſit æqualis diuiſio in melius reformari, ideóq; ad auxiliũ reſtitutionis in integrũ recurrendũ eſt, & confugiendum, ſi læſio per condiuiſoris dolum interuenit, ſin ſine dolo & inter maiores, quieſcendũ: eò magis quòd diuiſiones etiam cùm ſine iudice fiunt, ſolent tamen fieri per arbitros diuiſorios, nõ per ipſos cõdiuiſores, quibus ideò minor de ſe inuicẽ cõquerẽdi occaſio relinquitur: aut ſi per ſe diuidant, ſolet, qui maior eſt, portiones cõſtituere, minor autẽ eligere: quod cùm fit de ſe ipſo potiùs quàm de cõdiuiſore, querelæ cauſſam habet, ſi læſus reperiatur, vt proximo cap. dicemus.

Ex hæc

Et hæc quidem toto Pandectarum iure ſine dubio obtinuerunt. Sed cùm per nouam Imperatorum conſtitutionem *l.2.C.de reſcind.vendit.* hactenus receſſum ſit ab eo iure, vt venditori quoque ſuccurratur ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, cui tamẽ ſuccurrẽdi longè minor ratio ſemper fuit quàm condiuiſori, propter eam rationem quam attulimus, quòd inter emptorem & venditorem id agatur, vt ſe inuicem in pretio decipiant, non etiam inter condiuiſores. Hinc nimirum dubitatio naſci poteſt, non ſolùm an ſi læſio vltra dimidiam interuenerit, actio condiuiſori læſo danda ſit (quod minorem difficultatem habere videtur) ſed an minor quoque læſio poſſit ſufficere, vt condiuiſori ſubueniatur. Ergo puto neutro ex his caſibus iuuandum condiuiſorem qui læſus eſt, quantacumque tandem læſio illa ſit, propter eas rationes quas adferam *infr.cap.6.ad fin.* Sed etſi putarem nõ magis iniquam fore conſtitutionem, quę ſtatueret ſufficere læſionem in diuiſione ad quadrantem aut trientem, vſque quàm quę ſuccurrit venditori læſo vltra dimidiam iuſti pretij, tamen cùm id nullo prorſus iuris loco proditum ſit, non faterer ab interpretibus, aut ab aliis qui condendę legis autoritatem non habeãt, eam ſententiam induci probariue debere. Nam etſi qua lex eſſet quę hoc ipſum cõſtitueret, ratio tamen rẽddi non poſſet cur de quadrãte potiùs quàm de triẽte, aut de ſexãte, aut de quincunce locuta fuiſſet, iuriſque id eſſet, vt loquuntur, poſitiui; cuiuſmodi ſunt quę indigent proculdubio conſtitutione eius qui ius habeat conſtituendi, nec poſſunt ex ſola æquitatis interpretatione conflari. Quod autem ita exiſtimandi anſam Imbertus ſumit ex *Auth.contra cùm rogatu 1.C.ad S.C.Treb.* quis nõ videt prorſus ridiculũ eſſe καὶ ἀπροσδιόνυσον? Cùm igitur ſola ila Diocletiani & Maximiani cõſtitutio in hãc rẽ extet, cuius autoritate ſiue vti ſiue abuti liceat, cùm de aliis bonę fidei cõtractibus ex læſionis cauſſa reſcindendis agitur, diuiſióque vicem emptionis obtinere exiſtimetur, non video qua fronte dici poſſit condiuiſori citra dolum aut metum læſo ſuccurri debere, ſi non niſi intra dimidiam iuſtę æſtimationis læſus proponatur. Illud ſanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus cõcedi volo, errare ſe non toto, quod aiunt, cœlo, ſed tota iuriſprudẽtia, cùm ſuum hunc errorem probari putant ex *d.l.maioribus.C.commun.vtriuſq; iudic.* quã nos probauimus ad eas diuiſiones nullo modo pertinere, ex quibus tranſlata eſt poſſeſſio & cum poſſeſſione proprietas, ſiue per veram & corporalem traditionem, ſiue quod hîc idem eſt, per clauſulam conſtituti ea poſſeſſionis tranſlatio facta eſt.

ERROR II.

Si diuiſio inter maiores per electionem aut ſortem facta ſit, & læſio interuenerit.

IT plerumque diuiſio inter eos qui rem communem habent, ſiue cohęredes, ſiue ſocij ſint, per arbitros diuiſorios, mutuaſque à iudice adiudicationes, eáque frequentior in libris noſtris & receptior diuiſionis faciendę ratio eſt. Vſu tamen apud nos & apud pleraſque gentes receptiſſima illa eſt, quę nec veteribus fuit incognita, præſertim inter fratres, vt qui maior natu eſt, diuidat, qui minor eſt eligat, de qua & in *capite ſecundo. Extr. de paroch.* Hoc verò cùm ita ſit, dubitari poteſt an ſi alteruter ex condiuiſoribus læſus proponatur vltra dimidiam iuſti valoris

rerum diuisarum restitutio in integrum danda sit ad rescindendam diuisionem. Nec tamen pragmatici dubitant, quin dari debeat non solùm si vltra dimidiam, sed etsi ad trientem vel quadrantem vsque alteruter ex conditionibus læsus probetur. Quod mihi non modò durum, sed etiam prorsus improbabile semper visum est. Quam enim querelæ caussam iustam habere, aut de quo magis quàm de seipso conqueri potest, qui ipse aut diuisit, aut elegit? Siquidem ponimus neque vim neque dolum intercessisse in persuadendo vt vel diuisio sic fieret, vel electio, sed bona fide gesta omnia, alterutram tamen portionem altera pretiosiorem, & ampliorem fuisse. In aliis negotiis præsertim, in emptione & venditione solet tractatus præcedere contractum, in eoque tractatu vix aliud quicquam agitur inter contracturos, nisi vt qui cautior & solertior est ex alterius siue imscitia siue stultitia lucrũ captet: quæ res locum postea facit restitutioni in integrum aut exceptioni doli si contractus sit stricti iuris, aut officio iudicis, si iudicium sit ex eorum numero, quæ bonæ fidei appellantur. Sed in huiusmodi diuisione quę fit constituente vno, & eligente altero, nullus præcedit tractatus nisi de diuidendo, vnusquisque autem quam ipse vult legem contractui solus dicit, vnus constituendo pro arbitrio portiones, alius eligendo, quam suam esse malit. Et verò quis credat eum qui portiones constituit, vt condiuisor haberet electionem ea mente fuisse vt socium circumscriberet? An non potiùs sibi ipsi fraudem faceret, qui in condiuisoris arbitrio relinqueret vt eam portionẽ eligeret quę multò amplior esset: Et contrà quis eum audiat si se dicat circumuentum ab alio qui elegit, & eligendo non nisi iure suo vsus est? An non hoc ipso fraudem & turpitudinem suam patefaciet si dicat inæquales à se factas *portiones*, & conqueratur, quòd socius cui electionem dederat, elegerit meliorem? Quid enim aliud expectare poterat? An fortassè vt qui electionem habebat eligeret eam partem quę esset minoris æstimationis, meliorem verò haberet ipse qui portiones fecisset? Atqui non potest hoc fieri sine dolo malo. Denique tritum est numquam audiendum esse eum qui id petat cuius contrarium non fuerat in euentum contrarium postulaturus *l. penult. C. de euict.* Electione igitur facta melioris & amplioris portionis, non potest conqueri is qui electionem dedit, cùm si socius deteriorẽ elegisset, non conquereretur. Euenit quidem interdum, vt maior natu qui diuidit, portiones faciat inæquales, eamque minùs congruam in qua sint bona, quæ sciat ille socium habendi auiditate electurum. Sed quam quam ea res proximè accedit ad dolum, imputari tamen magis potest ei, qui eam portionem habere maluit, nisi in hoc ipso dolum passus est, quòd persuasus fuit vt illam potiùs eligeret qui aliam erat alioquin electurus. Semper enim casum illum excipio, quo intercesserit dolus vel metus: item illum quo is ex condiuisoribus qui læsus est, minor sit annis viginti quinque. Huic namque subueniendũ esse non dubito qui perlubricum ætatis & inconsulta facilitate inæquales portiones constituit, aut ex inæqualibus, quarum electionem habuit, elegit minorem *l. 1. Cod. si aduers. transact. vel diuis.* Quidni verò cùm & in lucro minoribus ex edicto succurratur? *l. ait prætor 7. §. hodie. & §. seq. D. de minor.* vbi quod dicitur etiam in lucro minoribus succurri, & ideò quamuis sine dolo cuiusquam legatum repudiauerit minor, vel in optionis legato captus sit, dum eligit deteriorem, vel si duas res promiserit illam aut illam, & pretiosiorẽ dederit ei subueniendũ esse, ostendit satis nõ idem esse in maiore aut receptũ, aut recipiẽdũ.

Cui

Gui etiam cõuenit quod ſcriptũ eſt in *l.ſi inter* 8. *C.commu.vtriuſq; iud.* Si inter maiores annis vigintiquinque rerum communiũ diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inſtaurari mutuo cõſenſu & bona fide nata nõ oportere. Ponimus enim perfectam eſſe diuiſione tranſlata poſſeſſione per traditionẽ, aut per clauſulam cõſtituti quæ ſit vice traditionis. Alioqui ſi placitum duntaxat diuiſionis præceſſerit, & vera bonorũ cõmunio adhuc ſuperſit, vt poſſit agi familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo, fatebor libẽtiſſimè, æquitate ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt, poſſe fieri vt hoc etiam caſu quo diuiſio per optionẽ datam acceptámque facta fuit, quod inæqualiter factũ eſſe cõtenterit in melius reformetur. Non enim quod optio vltrò data, aut accepta eſt, facere poteſt vt inæqualitas nulla ſubſit, nec proinde vt corrigenda non ſit ex natura iudiciorũ omnium bonæ fidei, quandiu iudicium tale ſupereſt quod exerceri queat, ex *l.maioribus 3. C.cõmun vtr.iudi.* de qua ſuperiore capite ſcripſimus, præſertim cùm tá eius qui electionẽ dedit, quàm eius qui accepit, voluntas illa ſemper fuerit, vt in diuiſione ineunda æqualitas ſeruaretur: quaſi inæqualitas, ſi qua ſit ea per errorem & præter voluntatem contrahentium potiùs quàm præcogitato eorum conſilio emerſiſſe credenda ſit. Sed ſi diuiſio perfecta, dominiúmque hinc inde tranſlatum proponatur, ſicuti deficit æquitas iudicij bonæ fidei quod nullum amplius ſupereſt, neque familiæ erciſcundę, neque communi diuidundo, ita ſupereſſe aliud auxilium non poteſt ad agendum aduerſus contractum, quàm in integrum reſtitutionis, quæ porrò deficit cùm negotium inter maiores geſtũ eſt bona fide. Iam autẽ ſæpius monuimus ex ſola læſione quæ per inęqualitatem portionum contigerit, non poſſe malę fidei probationem induci, non magis quàm in venditione ex ſola pretij modicitate *l. ſi voluntate* 8. *l.dolus* 10. *C.de reſcind.vend.* quòd ſi vnquam, hoc certè vno caſu verum eſt quo diuiſio facta ſit per electionem. Nec eſt contrariũ quod ſuperiore capite diximus ex pragmaticorũ magis quàm ex noſtra ſententia, Non eo minùs locũ eſſe cõdictioni ex *l.2. C.de reſcind.vend.* neque in vẽditione tantùm, ſed etiá in diuiſione, ſaltẽ eo caſu quo læſio interuenerit vltra dimidiam, propter nouã illã conſtitutionẽ quæ iuri veteri hac parte derogauit. Nã reſpondeo poſſe id obtinere in ea diuiſione quæ per arbitros diuiſorios facta ſit, & per mutuas iudicis adiudicationes, aut etiam mutua ſociorũ conuentione, non in ea de qua tractamus, quam nõ vtriuſque, ſed ſingulorum & vniuſcuiuſque ex ſociis voluntas totá fecerit, portionibus ſcilicet ab vno ſolo cõſtitutis, & ab alio ſolo electione facta. Condictionẽ enim ex noua illa lege cõtra eos demũ dari ęquum eſt, &, vt lex loquitur, humanũ, qui iure conuentionis à ſe factæ, licèt ſine dolo, captant lucrum ex damno alieno, non contra eos quibus ſola aduerſarij voluntas, &, vt ita dixerim, liberalitas lucrũ attulerit, in quorum numero ille eſt qui ex diuiſione per electionẽ facta pinguiorem portionẽ conſecutus eſt, ſiue ipſe, ſiue alius elegerit, dices, eandẽ igitur rationẽ conſtituendam fore diuiſionis, quæ per arbitros & iudicem facta eſt: quandoquidẽ nec in ea cõtrahentiũ tractatus vllus interuenit, ſed arbitrorũ duntaxat, & iudicis factũ. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia. Factum enim & arbitrorum & iudicis fit factum partis, vt loquuntur, ex quo à parte laudatum adprobatúmque eſt in *l. ſi ob cauſſam 28. C.de euict.* ob idque iiſdẽ artibus & machinis deſtruendũ eſt, quibus ſi ab vtroq; ex cõtrahẽtibus factũ eſſet. At electio quam quis ex optionẽ ſibi data fecerit, nullomodo videri poteſt ab eo facta qui optionem dedit,

aut ex eius industria, sed ex sola meráque eius qui elegit voluntate Proinde æquum non est si is qui elegit, seipsum læserit, ei succurri contra socium, per quem nihil factum est, nisi quòd optionem dedit. Nam si obiicias, imò per eũ aliud quidpiam factũ esse, id nimirum quod partes constituit, & quidem inæquales, in promptu est responsio, ex sola minoris portionis electione læsionem emergere, non item ex inæqualium portionũ constitutione, quæ lucrum eligenti allatura erat si pinguiorem elegisset. Quid si diuisio per sortem facta sit? Nam & id aliquando euenit si constitutis per arbitros diuisorios portionibus non possint socii, ne per arbitros quidem consentire quam sibi, quam socio datam velint. *l.2. C. quand. & quib. quart. pars debet. ex bon. deeur. l. vltim. in princip. C. commun. de legat. l. si quæ sunt 5. D. famil. erciſc.* Videtur autem probabilius, vt qui sorti rem committendam putauit, si ex sorte læsus sit, restitui in integrũ non possit ad rescindendam diuisionem, præsertim quæ secutis hinc inde traditionibus perfecta sit: quia & ex contrario potuerat ea sors incidere, ex qua lucrum sensurus fuisset. Non enim restitutionum causæ ex euentu diiudicandæ sunt, sed ex initio, etiam, cùm de minorum restitutione quæ omnium fauorabilissima est, tractatur. *l.3. §. scio. l. verum 11. §. item nõ restituetur. D. de minor.* Nec valdè hac parte refert an sorte, an electione diuisio fiat. Nam cùm mutuo condiuisorum assensu sorti res committitur, videntur singuli ab initio eam quisque partem elegisse, quam sors esset adiudicatura. In eóque potentior est adiudicatio huiusmodi, quam quæ fit per arbitros, aut per iudicem: quia non sicut arbitorũ aut iudicis factum, ita & sortis euentus videri potest factum partis, vt aduersus eum cui sors lucrum *attulit*, quasi ex facto suo lucrum illud senserit, restitutio concedatur. Nam quod casu magis quàm certo iudicio hæc diuisio fieri videtur, non eo magis restitutionem inducere potest: imò tantò minùs quod huius periculi pretio maioris lucri spem emisse videtur is cui ea placuit electio, quam sors esset probatura. arg. *l. propter spem 23. D. famil. erciſc. l. nam hoc modo 11. D. de hered. vel act. vendit. l. si factum 12. D. de action. empt.*

ERROR TERTIVS.

De suppletione facienda per eum ex condiuisoribus, contra quem impetrata est restitutio ex causſa immodica læsionis.

QVI eandem in omnibus rationem constituunt emptionis & diuisionis, vt aduersus diuisionẽ perinde ac contra venditionem ex causſa immodicæ læsionis cõcedant in integrum restitutionem, solent quærere, An quemadmodum in venditione suppletio sit in pecunia numerata, ita & cùm de diuisione ad æquitatem & æqualitatem reducenda tractatur, audiendus sit is contra quẽ restitutio postulatur, si quod congruæ socii portioni deest, in pecunia supplere velit. Et in eam pragmatici omnes eunt sententiã, vt putent suppletionem in bonis non in pecunia fieri debere, quia non sicut in venditione ex vna parte merx, ex altera pretium versatur *l.1. D. de rerum permut.* ita & in diuisione bonorum siue mobilium siue immodilium de pecunia tractari potest, sed de iis ipsis bonis, quę communia sunt, aut fuerunt. In quo offendunt proculdubio in eam ipsam legem, cuius æquitate mouentur vt quod

Digitized by Google

vt quod in venditione cõstitutum est, protrahant ad diuisionem. Quid enim esset iniquius noua illa Imperatorum constitutione quæ venditionem bona fide perfectam iubet retractari ob immodicam solam læsionem,& quodammodo rescindi,si non electioné iusti pretij supplendi daret emptori? At quia in emptoris arbitrio & potestate reliquit,an quod iusto pretio deest,supplere malit,atque ita efficere vt venditioni stare iniutus vẽditor cogatur, æquissima esse creditur cõstitutio quæ inuito emptore ex reuocat contractum ad suam æquitatem, vt tamen venditioné ipsam inuito etiá venditore tueatur, si eam stare emptor velit. Ná si nolit,id est,si rem à se emptam malit recepto pretio reddere quàm iustũ pretium supplere, tum verò ipsius quoque voluntas accedit ad votum venditoris vt communi vtriusque consensu venditio resoluatur: in quo nihil est aut absurdi, aut iniqui. Eadem igitur ratione dicendum est, Hoc admisso quod nos in superioribus negauimus, & negabimus semper, vt aduersus diuisionem perfectam perinde ac contra venditionem restitutio ex caussa immodicæ lęsionis peti possit, nõ esse permittendũ actori vt reo socio aufferat electionem,quam emptor contra venditorem lex dedit. Atqui fieri non potest vt eam non aufferat, si negetur licere ei qui cõuenitur, vt quod congruę portioni condiuisoris deest, suppleat in pecunia numerata. Quomodo enim fiet suppletio,quin ex portione quæ reo obtigit tantundem detrahatur? Quod si admittas,an non ita fit,vt diuisio quæ perfecta fuerat,rescindatur inuito reo,& ad nouam diuisionem acsi prior nulla esset,deueniatur? Nam si dicas id non fieri nisi ex parte,quia non prorsus noua diuisio fit, sed manentibus iisdem portionibus,tantum ex amplioré detrahitur arbitrio boni viri,quantum necesse est ad complendam actoris portionẽ. Nisi à tota diuisione recedi reus malit,in eóque versari commodum electionis,quæ emptoris exemplo ei accommodatur. Facilis replicatio est,tantam,si non reo condiuisori,certè legibus iniuriam fieri,cùm inuito eo retrahitur à diuisione pro parte bonorum, quorum iam absolutum dominium nactus fuerat, quanta fieret si tota diuisio rescinderetur. Non enim quòd plus aut minùs ille lædatur,id ducere potest diuersitatẽ iuris,quominùs vtroq; casu perinde iniquum ius videri debeat,cuius potestate contractus bonæ fidei bonáq; fide perfectus inuito reo rescinditur,& infirmatur. Nec solùm contractus ipse rescinditur, sed etiam dominium quod ex eo contractu quæsitum fuerat, auffertur ab inuito,quod etiam à receptissimis iuris regulis abhorret: adeóque ab ipsa Imperatorum constitutione quæ non aliter rem venditam vult restitui venditori, quàm si emptor iustum pretium supplere nolit, & consequenter non nisi volente,& consentiente emptore. Illud sanè non inficior,si ante translatum ex diuisionis caussa dominium agatur inter socios iudicio familię erciscundæ,aut communi diuidundo,posse inęqualitatem illam reformari officio iudicis & sola ipsius iudicij æquitate, & quidẽ ita vt ex ijs bonis quę alteram portionem pleniorem effecerant,alia minùs congrua repleatur. Eámque esse sententiá *legis, maioribus* 3. *Cod.commun.vtriusque iudic.* sed post translatum hinc inde dominium rerum quæ aliquando communes,posteà verò diuisæ fuerunt, sicuti iudicium bonæ fidei nullum superest quod exerceri possit,ita legis illius æquitatem superesse nego, etsi quid auxilij competat ei ex sociis qui se vltra dimidiam læsum dicit, dico non aliud esse posse, quàm quod exemplo emptoris traduci potest ex beneficio *dict. l.* 2. *Cod. de rescind.*

Digitized by Google

vendit.ac proinde non habere condiuiſorem lęſum quod conqueratur, ſi aduerſarius paratus ſit id quod congruæ portioni deeſt in pecunia ſupplere. An non.n.hac ratione ſit vt iniquitas quæ ex inæqualitate profecta eſt corrigatur?Aut quid aliud agunt Impp.in *d.l.2.* niſi vt qui tam grauiter & immodicè læſus eſt in damno non moretur? Atqui non moratur in damno is cui ad vltimum vſque quadrantem damnum quod ex diuiſione ſenſurus erat in pecunia ſarcitur.Sicuti dicimus (verène an ex pragmaticorum duntaxat ſententia alio loco videbimus)filio qui aliquid immiſs legitima in rebus acceperit,ſupplēdam eſſe legitimam non in corporibus bonorum,ſed in pecunia,cùm tamen nemo negauerit perinde indemnem ſeruandum eſſe filium atque eum ex condiuiſoribus qui per diuiſionem læſus eſt, imò fauorabiliorem eſſe hāc ſuppletionem,quæ filio facienda eſt,quia legitimam integram,illibatam,nullóq; pacto deteriorem factam habere debet. Quòd ſi dicas non eſſe cogendū condiuiſorem qui tam grauiter læſus fuit vt re ſua careat, aut vt pecuniā pro bonis accipiendo res ſuas inuitus vendat(numquam.n.æquum eſt inuitum quemſuo pretio res ſuas vendere *l.non enim 9.D.rer.amot.*) reſpondebo, non certare hoc caſu ſocium qui agit,de habendis bonis ſuis, ſed de alienis, vtpote qui portionem ſuam dominij quod in rebus communibus habebat,tranſtulerit in ſocium per traditionem ex diuiſione ſecutam. Id ergo nunc agit vt res à ſe alienatas,ac proinde factas iam alienas ab inuito domino auferat, & quidem eo ſolo prætextu, quòd alioqui futurum ſit vt in damno moretur. Potiùs igitur reo ſuccurrendum eſſet ne res illas, quas iuſto titulo ſuas feciſſet,iuſto etiam pretio vendere cogeretur.Sed tamen poſtquam placuit ei quoque qui læſus fuit hactenus ſubueniendum eſſe vt in damno non moretur, æquiſſimum illud temperamentum eſt,vt damnum ei in pecunia non in bonis ſarciatur. Nempe ſi id eligat is qui conuenitur. Nam ſi malit ſupplere in bonis, adeóque nouam facere diuiſionem,non video qua fronte aut ratione poſſit id recuſare ſocius qui priorem impugnat diuiſionem.

ERROR QVARTVS.

Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis.

SED hic multò grauior pragmaticorū error mihi videtur,quòd exiſtimant,illo etiam caſu quo ex bonis iam diuiſis aliquid diſtraxerit is qui vult reſcindi diuiſionē ex cauſſa immodicæ læſionis,permittendum tamen ei eſſe vt ſuppletionem poſſit petere in bonis,nec vt in pecunia accipiat cogi poſſe. Nā vt prætermittam quod certiſſimi iuris eſt, numquam poſſe dari reſtitutionem ei per quem factum eſt quominus integra res ſit, nec ſi minor proponatur *l.quòd ſi minor 24.§.Scaeuola D.de minor.* quia omnium reſtitutionū communе ius illud eſt vt omnia in priſtinum ſtatum reſtitui oporteat §. *reſtitutio,ead. leg. & l.vnic.Cod.de repud.* quæ fiunt in *iudic.in integr.reſtit.* Illud etiam me mouet, quòd ſecundùm hanc pragmaticorum ſententiam euenit vt melioris cōditionis ſit actor quàm reus; & is qui alienauit, quàm qui portionem ſuam integram retinuit. Siquidem volunt pragmatici, vt etiam inuito reo ſupplea-

ſuppleatur ex bonis quod deeſt congruæ actoris portioni, nec tamen volunt actorē cogi poſſe vt quæ ex portione ſua alienauit, reponat, & in commune reſtituat. Nam quod velut remedij loco ex cogitarunt, vt ea ipſa bona in portionem ſuam imputet, quaſi hoc ipſo conferat, minus accipiendo *l. 1. §. ſed etſi tantum D. de collat. bonor.* ad rem non pertinet. Quid enim ſi reus dicat paratū ſe permutationē inire portionum ſi omnia in priſtinū & integrum ſtatum reſtituātur? Cur dicemus videri eum calumniæ cauſſa id deſiderare, cùm per ſolum actorē ſtet, ne deſiderio eius ſatisfieri poſſit? Aut cur ei qui diuiſionē impugnat licebit ea bona quæ alienauit retinere inuito ſocio, & præterea ex iis ipſis quæ ad ſocium ex diuiſione peruenerint, illo etiā inuito partem auocare. Certè hoc vno ſaltem caſu debuerūt pragmatici admittere ſuppletionē in pecunia fieri poſſe, vt minus ei ſuccurratur, cui magis imputari poteſt. Sed tātū abſunt ab hac ſententia, vt ex contrario mordicùs defendant probata læſione per eū qui portionis ſuæ partē alienauerit, nō modò ſupplendū ei eſſe ex bonis quantum deeſt ad inducendā æqualitatē, ſed etiā diuiſionem nouā & ex integro fieri debere, hoc tantùm addito tēperamento vt quātum ab actore alienatum eſt, tantundē ex cæteris bonis omnibus permixtis reo detur, & quidem in eadem bonorum qualitate ac conditione, proborum dictamine, vt loquuntur. Quo admiſſo planè non video quid hoc ius commune habeat cum noua Imperatorum cōſtitutione quæ de venditione tātùm locuta emptori dat electionem an iuſtum precium ſupplere malit, nec priùs reſcindi venditionē patitur, quàm emptor dixerit nolle ſe quod iuſto pretio deeſt ſupplere. Nā ſi quod in venditione duntaxat conſtitutum eſt, pragmatici poſt interpretes vtrique certè nimis audacter protrahūt ad diuiſionem quòd ea ſit vice emptionis *l. 1. Cōmun. vtriuſque iudic.* cur eam electionē ſupplendi iuſti valoris quam lex dat emptori, ademptā volunt cōdiuiſori? Aut ſi alia emptionis, alia diuiſionis hac parte ratio eſt, quo iure obſecro, aut qua autoritate audeāt illi traducere ad diuiſionem quod contrā iuris regulas inductum, & conſtitutū fuit in venditione duntaxat? Denique cur meliorē faciunt conditionē ſocij qui ex bonis ſibi per diuiſionem acquiſitis aliquid alienauit, quod in cōmune reponere nequeat, quàm venditoris cui nihil poteſt imputari ſi modò paratus ſit reddere precium quod accepit? Hic enim tametſi precium offerat, tamen electionē quam emptori lex dedit, ei auferre non poteſt ſi malit emptor iuſtum prētium ſupplere & rem retinere. Condiuiſor verò contrà, ſi pragmaticis credimus, etiamſi non poſſit in communionem redigere ea quæ poſt diuiſionem alienauit, poteſt tamen nouam petere diuiſionem, non ſecus acſi omnia in integro eſſent aut per eum nō ſtaret quominùs eſſent. Sed & ſunt inter pragmaticos qui putent adeò indulgendum condiuiſori eidēmque actori qui portionis ſuæ partem alienauit, vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit, præſertim ſi vendiderit ex cauſſa neceſſaria, vtputa pro dimittendis creditoribus hereditariis, quoniam, inquiunt, in iudiciis vniuerſalibus, quale eſt familiæ erciſcūdæ, pretium ſuccedit loco rei. *l. ſi & rem 22 & ſeq. D. de hered. petit.* Quæ ſententia tantò ſanè abſurdior eſt quantò condiuiſori reſtitutionem petenti fauorabilior. Nam cùm ei poſſit imputari cur diſtraxerit antè petitam reſtitutionem, ſi non fuerit neceſſaria cauſſa diſtrahendi, aut tum etiam cùm neceſſaria fuit alienatio, cur nunc rebus non amplius integris, vltrò petat reſtitutionem, fieret tamen vt pecuniam pro bonis accipere cogeretur ſocius cui nihil imputari poſſet. Deinde quod aiunt pretium

ſuccedere loco rei in iudiciis vniuerſalibus, apertè falſum eſt, ſi tam generaliter intelligatur. Habet enim ea ſententia ſuas diſtinctiones, nec niſi ad certas duntaxat actiones pertinet, & ad certos caſus, vt conſtat ex *l. item veniunt* 20. §. *ſimili modo. & §. vlt. l. ſed etſi l.* 25. §. *conſtituit. De petit. hered.* De quo dicẽdũ nobis erit latiùs alio loco. Sanè non poteſt ratio illa pertinere ad in integrũ reſtitutiones, quarum natura & cõditio illa eſt, vt in eum ipſum ſtatum reſtituant omnia, in quo res erat priuſquàm contraheretur. Quod verò adiiciunt de iudicio familiæ erciſcundæ, an non prorſus ineptum eſt? Semel enim facta bonorũ diuiſione conſtat familię erciſcundę iudicium ſupereſſe non poſſe *l. familiæ* 9. *C. commun. vtr. iudic.* Nemo autem dixerit etiam reſciſſa diuiſione per reſtitutionem reſtaurari communionem, quæ ſcilicet ſemel extincta, non tam per diuiſionẽ quàm per traditionem ex diuiſione ſecutã: traditio enim, cùm ſit facti meri, non poteſt reſcindi ſola iuris & legis poteſtate, ſed reſciſſo contractu retrotraditione opus eſt vt dominium in priſtinam cauſſam reuertatur, *l. ab emptione* 58. D. *de pact. d. l.* 2. *C. de reſcin. vendit.* Sanè ſi bona fide is alienauerit, contra quẽ reſtitutio poſtulatur, nulla ratio eſt cur non liberari debeat collatione aut imputatione pretij quod redegit, quia nihil eſt quod ei poſſit imputari qui rẽ ſuã, & tanquã ſuã, & iure ſuo vẽdidit, nec recuſat quomin⁹ cõtractui ſtetur, melioréque ipſius cõditionem eſſe æquũ eſt, quàm ſi poſt factas à ſe alienationes poſtularet ipſe reſtitutionẽ. Ponim⁹ enim neq; vĩ neq; dolũ eius interueniſſe, ſed bona fide licèt inęqualiter factã eſſe diuiſionẽ.

ERROR QVINTVS.

De differentia venditionis, & diuiſionis in probanda læſione.

ETSI magna eſt inter venditionem & diuiſionem adfinitas, vt oſtendimus in ſuperioribus, non tamen tãta eſt vt cùm de cõtractu ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendo agitur, eadẽ vtriuſque ratio in omnibus cõſtituenda ſit. Nam ſi venditor ſe vltra dimidiã iuſti pretij læſum conqueratur, probare cogitur verũ iuſtúmque rei pretiũ quod fuit tẽpore vẽditionis, *l. 2. l. ſi voluĩtate* 8. *C. de reſcind. vendit.* & ni ita faciat, ſuccumbit, licèt probet immodicã læſionem, inſpecto eo tempore quod vẽditionẽ pręceſſit, aut ſubſecutum eſt, quoniã pretia rerum pro tẽporum & locorũ varietate mutãtur, *l. pretia rerũ* 63. D. *ad leg. falcid.* neque recta cõſecutio eſt à valore qui fuit ante vel poſt contractum, ad eum qui fuit tempore contractus: Læſio autem quę in contractu interueniſſe dicitur, fieri non poteſt vt benè probata videatur, niſi ad illud ipſum tẽpus quo contractum eſt accommodetur. Probatur autem ex comparatione redituum eius fundi, *l. penult. D. de reb. eor. qui ſub tutel. l. ſi fundum per fideicommiſſum* 92. *de legat.* 1. Item venditionum quæ ab aliis eodem tempore factæ ſint bonorum eiuſdem conditionis & qualitatis. Quod tamen dicimus *eodem tempore*, non adeò præcisè accipiendum eſt, vt ille ipſe dies in quo contractum eſt, ſignificetur, ſed vt Iureconſulti loquuntur ἐν πλάτει, id eſt latiùs & pinguiùs circa id tempus quo contractum fuit. Cùm verò de diuiſione reſcindenda tractatur, ſufficit ad probandam læſionem probari inęqualitatem portionum, quę iam tùm cùm diuideretur interuenerit, & quidem ex qualitate & cõditione bonorũ, licèt de iuſta eorũ ęſtimatione nihil ꝓbetur.

Nam

Nam cùm in omnibus bonæ fidei iudiciis, præsertim verò in diuisione æqualitas seruanda sit, nemo non videt subesse inæqualitatem maximam si ex vna parte feuda iurisdictiones & prædia vrbana instructissima, ex alia verò parte non nisi fundi rustici & ignobiles distribuantur. Nitì ex contrario probetur inæqualitatē illā quę ex bonorum qualitate & conditione inducitur, quantitate cōpensatam. Fieri.n. facilè potest vt tot fundi ignobiles in vnam ex portionibus conferantur, vt nobiliorū qui in alteram portionem collati sunt, valorem æquent, adeóque superent. Sed probandum idipsum est ab eo qui negat, nō qui dicit læsionē intercessisse, vt inæqualitatis præsumptio, quę ex diuersa bonorum conditione nascitur, contrarijs certisque probationibus elidatur. Quod non satis diligenter à pragmaticis obseruatum scio. Putant enim eū qui aduersus diuisionem restitui velit ex caussa immodicæ læsionis, cogendum probare valorem bonorum, perinde acsi de rescindenda venditione ageretur. Illud tamen diuisioni cum venditione commune est, quod in probanda siue conditione, siue æstimatione bonorum, id tempus præcisè spectandum est quo contractum fuit, nimirum vt sciatur an inæqualitas, & læsio aliqua interuenerit, necne. Nam si ponas aliquid ex bonis diuisis alienatum fuisse per eum qui agit ad rescindendam diuisionem, & pragmaticorum errorem sequare, qui non eo minùs restitutionē ipsi etiam qui alienauit dandam esse existimant, non dubito quin cogendus sit actor hic imputare in suā portionem bona alienata, non ad eam duntaxat vsque quantitatem quam ex ipsorum alienatione redegerit, vt pragmatici vulgo sentiūt, nec rursum ad eam vsque quæ fuit tempore diuisionis, vt eruditiores nonnullos aliquando sensisse audio, sed ad eam quæ tunc est cùm agitur, dum ne quid de pristina bonorum qualitate & conditione medio tempore sit immutatum: qua si nō essent alienata, eam æstimationem reciperent quę nunc est, in noua diuisione ineunda. Aliud.n. est de læsione quærere, aliud verò de re circa quam læsio interuenit, restituendę æstimatione. Non idem est si is alienauerit contra quem restitutio in integrum postulatur, vt diximus ad finē capitis superioris.

ERROR SEXTVS.

De læsione quæ in dotalibus rebus æstimandis interuenit.

NON ignorāt pragmatici æstimationē dotalis rei verā vēditionem esse *l. plerumque* 10. *§. si antè. D. de iur. dot.* quoniā æstimatio facit emptionem *l. 1. D. de æstimat. act. l. sed etsi res 7. §. 1. D. de Publician. in rem act.* Sed nesciunt non esse simplicem venditionem, at dotis caussa, vt loquitur *lex quotiens 16. D. de iur. dot.* nec rursum quid inter hāc & illam intersit. Differentias aliquot tradidit vir doctissimus, & numquam sine laudis præfatione nominādus *Iacobus Cuiacius lib. 17. obseruat. cap. 1.* sed, ni fallor, non omnes. Inter cęteras enim hæc etiam vna est, cùm agitur de contractu ex caussa læsionis rescindendo, quòd venditori decepto vltra dimidiam iusti pretij succurritur, & quidem beneficio nouæ constitutionis in *l. 2. Cod. de resc. vend.* quæ si non esset, nullo prorsus legis auxilio ei succurreretur. Mulieri verò, in æstimatione fundi dotalis circūuenta sit, siue intra, siue vltrā dimidiam iusti pretij, non beneficio illo nouæ constitutionis succurritur, sed solius iudicij æquitate, vt ex eo apparet

quod iam idem iure vetere obtinebat, vt cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iustum pretiũ supplere *l. iure succursum 6. §. vltim. l. si res 12. §. 1. D. de iur. dot.* Idémque erat ex parte mariti si is læsus proponeretur *dict. l. iure. §. vlt. & l. si circumscripta 6. in fin. C. solut. matr.* Cuius differẽtię ratio à nemine hucusque tradita sanè perobscura esset, si non ex ijs quæ suprà disputauimus, satis intelligeretur. Nam si quis eam tantùm rationem adferat quam Pomponius attulit in *d. l. iure succursum. §. vlt. quòd bono & æquo nõ conueniat aut lucrari aliquẽ cũ dæmno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*, dicá esse illam generaliorem, quàm vt coangustanda sit ad caussam dotis. Cõuenit enim omnibus bonæ fidei contractibus, ex quibus scilicet præstationes omnes & condemnationes ex bono & æquo fieri necesse est. Cui etiam congruit quod scriptũ est in *l. maioribus 3. C. commun. vtriusque iudic. Quia*, inquit lex, *in bonæ fidei iudicijs quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur.* Ita igitur dicẽdũ erit in omnibus bonæ fidei iudiciis iã olim idipsũ obtinuisse, nec proinde necessariam fuisse Diocletiani & Maximiani nouam cõstitutionem vt venditori subueniretur, cùm iudicium venditi non minùs bonæ fidei sit quàm de dote. Et tamen constat quod & nos iam sæpiùs monuimus, legẽ illam nouum ius præ se ferre, totiq; veteri iurisprudentiæ incognitum fuisse & inauditum, vt venditori citra vim aut dolum læso succurreretur, quantacumque tãdem læsio interuenisset. Nec est qui dissentiat, solo Cuiacio excepto, qui non solùm sine lege, sed etiam sine ratione contrariã sentẽtiam primus inuexit. Idem ille tamen fatetur emptori qui etiam supra dimidiam læsus fuisset, numquam subuentum fuisse, in eóque cum cæteris cõsentit. Nam nec hodie post *legem 2. C. de rescind. vendit.* ei subueniendũ esse putat, in quo dissentit ab omnibus. Hoc verò cur ita? cùm emptionis cõtractus non minùs bonæ fidei sit quàm venditionis vel dotis? Vereor autem ne astutè nimis & callidè agat vir doctissimus, qui vt difficultatem hanc nec omnino prætermittat, nec benè diluat, hoc tantùm scribit, sufficere inter coniuges si alter alterum indemnem seruet, nec societatem vitæ, communémq; amicitiam quæ inter eos fuit, pati, vt alter ex alterius dãno locupletetur, etsi in quoquam iudicio bonæ fidei, in iudicio dotis maximè æquitatem & beneuolentiam spectari, & vt erat in veteri formula, *Quod æquius melius est.* Quasi verò de illo quæramus, cur in contractu dotis ita constitutum sit, ac non de illo potiùs, cur in cæteris contractibus qui æquè bonæ fidei sunt, & consequenter in empti quoque iudicio iam olim idem fuerit constitutum. Ratio ex iis pendet quæ diximus in primum huius Decadis errorem. Nam proculdubio ita ius vetus fuit, vt quoties ex bonæ fidei contractu ageretur, non solùm vis & dolus, si quis interuenisset, sed etiam læsio & inæqualitas, si qua occurreret, ipsius iudicij æquitate vindicaretur *d. l. iure. d. l. maioribus, & l. in contractibus 3. C. quib. ex causs. maior.* quę cùm apertè de contractibus bonę fidei loquatur, non aliam ob caussam, quàm vt intelligamus in contractibus stricti iuris aliud esse, vim certè faciunt non solùm verbis legis, sed etiam iuris rationi, qui eam legẽ protrahunt etiá ad contractus, quos stricti iuris ideò dici placuit, quòd in iis ratio æquitatis nulla prorsus, aut certè non tanta habeatur. Ab ea tamen regula visum est excipi debere contractũ emptionis & venditionis, itémq; locationis & conductionis, non quidẽ si vis aut dolus, aut alio quocũpus modo mala fides, sed si citra vim & dolũ, & malá fidẽ læsio duntaxat in pretio aut in pẽsione interuenisset; ratione illa quòd in hoc contractũ genere naturaliter liceat contrahentibus inuicẽ se decipere in pretij & pensio-

Digitized by Google

nis modo conſtituendo,nec aliter fieri venditio aut locatio ſoleat,quàm id agente venditore & locatore vt cariùs vendat vel locet, emptore verò & conductore contra,vt viliùs emat vel conducat *l.in cauſſa* 16.*§.idem Pomponius ff. de minor.l.item ſi* 22.*§.vlt. D.locat.l.ſi voluntate* 8.*C.de reſcind.vendit.* Eaq; ratio tam apertè tradita eſt in *l. & ideo* 23. D. *locat.* vt nihil dici poſſit apertius. Nam cùm in fine legis præcedentis ſcriptum eſſet,in locationibus & conductionibus idem iuris eſſe quod in emptione & venditione, vt liceat naturaliter contrahentibus ſe inuicem circumſcribere quod ad pretium & penſionẽ attinet,ſubnicitur ex Hermogeniano,*& ideo prætextu minoris pẽſionis, locatione facta,ſi nullus dolus aduerſarij probari poſſit,reſcindi locatio non poteſt*, vt intelligamus fieri id ſingulari quodam iure ad alios bonæ fidei contractus non producendo,in quibus nullomodo nullâque in re permiſſum eſt contrahentibus vt ſe decipiant: cuiuſmodi ſunt contractus depoſiti, commdoati, mandati,de pignore,aliíque ſimiles,in quibus non ſolùm dolus, aut vis,ſed etiam læſio quælibet ſola iudicij æquitate vindicatur,ita vt nec alia vlla actione opus ſit. Ergo quod in emptionibus & venditionibus,itémq; in locationibus, & conductionibus contrà receptũ eſſe Hermogenianus ſcribit, vt prætextu læſionis reſcindi contractus non poſſit, ſic omnino accipiendũ eſt,vt neq; ipſius iudicij æquitate,neq; alia vlla actione reſcindatur.Ex quo ſatisfactum eſt propoſitę quęſtioni,ſi de illo tantùm quęratur,cur non venditori aut emptori læſo,itémq; locatori aut cõductori olim ſuccurreretur ęquitate iudicij bonæ fidei,ſicut in cæteris omnib⁹ bonę fidei iudiciis ei qui læſus eſſet ſuccurebatur.At ſi quis pergat quærere cur ergo mulieri ſuccurreretur, quæ fundum dotalẽ minoris æſtimatũ tradidiſſet,aut marito, qui pluris ęſtimatũ accepiſſet,cùm ea ęſtimatio vẽditionis iure cẽſeretur? alia reſponſio quærenda erit ad dubitationẽ hanc diſſoluendã. Dicẽdũ aũt eſt,ius hoc ex eo profectũ fuiſſe,quòd huiuſmodi venditio,licet vera,nõ tamẽ ſimplex vẽditio eſſet,ſed dotis cauſſa:Id eſt,quæ ſic fieret,vt tamẽ dotis cauſſam in venditionẽ & emptionẽ transferri nollent contrahentes, ſed eandẽ manere vt ſoluto matrimonio dotis iudiciũ ſupereſſet,perinde acſi dos inęſtimata fuiſſet. Nam quoties fundus æſtimatus in dotẽ datur, id primũ & pręcipuè agitur vt fundus ille pro dote ſit,deinde vt fundi æſtimatio ſit in dotẽ pro fundo. Nec proinde id agitur inter virũ & vxorẽ vt plus minúſve ſit in dote,ſed vt fundus ipſe,aut quãti fundus eſt.Itaq; ſi in fundo æſtimando alteruter circũſcriptus ſit, licèt ea ęſtimatio vẽditionis inſtar habeat,quia tamen facta eſt dotis cauſſa,conſequẽs eſt vt ſoluto matrimonio petatur æſtimatio,non ex vẽdito,ſed actione de dote,per quã fundus ipſe petereturſi nõ eſſet æſtimatus: cõtractus igitur dotis manet,qui quãuis in eo ſit ſimilis venditioni,quòd bonę fidei eſt,in eo tamen differt,quòd nõ eſt ex eorũ numero in quibus liceat cõtrahentibus ſe decipere.Nã & cũ in modo patrimonij mulier decepta eſt, ſi fortè vltra vires patrimonij,vel totũ patrimoniũ circũſcripta in dotẽ dederit,ſubueniẽdũ eſt ei nõ ſolùm minori, ſed etiam maiori, nec per in integrum reſtitutionem,ſed ſola æquitate iudicij *l.ſi ex cauſſa* 9.*§.in dotis quoque modo.ff.de minor.* Iunct.*dict.l. iure ſuccurſũ.§. vltim.de iur.dot.* licèt heredi mulieris neceſſaria ſit in integrũ reſtitutio aduerſus maritum qui dotem ſit lucratus:quæ ſentẽtia eſt *l.vn. ic.C. ſi aduerſ.dot.*quoniam inter heredem mulieris & maritum,hoc caſu nullum ſupereſt iudicium de dote,alioqui non egeret in integrum reſtitutione heres mulieris ad quem dos reuerteretur. Quanto igitur magis certa re in dotem data citra læſionem,iudicium de dote ſaluum erit & ſufficiens,vt ſi in eadem

re postmodum æstimanda alteruter ex coniugibus læsus sit, ei subueniatur. Sed & obseruatione dignum illud est, meliorem esse hac parte conditionem dotis quàm sit aliorum contractuum bonę fidei, etiam eorum in quibus nullum contrahentibus ius est se inuicem decipiẽdi. Nam in cæteris si semel perfecti sint, & traditione finem acceperint, fieri non potest vt fraus vel inæqualitas, si qua sit, æquitate iudicij corrigatur, quia nec iudicium vllum supereſt quod exerceri possit *l.3.l.si inter 8.C.commun.vtr.iudic.* Ideoque in integrum restitutio necessaria est, si modò causſa aliqua subsit concedendæ restitutionis, id est, si vis aut dolus interuenit. Nam, vt sæpius diximus, ex causſa solius immodicæ lęsionis restitutio numquam maiori datur. At in causſa dotis nõ solùm si fundus dotalis æstimatus fuerit, quę ęstimatio instar venditionis est, sed etiam si traditio secuta sit, potest tamen corrigi & emendari læsio & circumscriptio facta in ęstimatione, per ęquitatem iudicij de dote, quoniam traditio illa dotis facta marito, non absumit iudicium de dote ex parte mulieris, quę soluto matrimonio persecutionem dotis ex eo contractu habitura est contra maritum, aut mariti hęredes, sed tantùm ex parte mariti qui accepta dote siue læsus sit, siue non, nihil habet quod conqueratur. Cęterùm soluto quandocumque patrimonio muliere aut eius herede dotem repetente, siue mulier lęsa in fundi dotalis æstimatione ineunda, siue marītus ipse, reuocabitur res ad suam æquitatẽ ex sola iudicij bonę fidei potestate, quia supereſt iudicium bonæ fidei ex parte mulieris ad dotem repetendam. Ex quo infero errare pragmaticos & interpretes omnes, quotquot existimant beneficium *legis 2.C.de rescind.vendit.* ad eum quoque casũ pertinere quo æstimata dos data sit, & in æstimatione læsio interuenerit. Eámque esse sententiam *d.l.si circũscripta 6.C.solut.matr.* in illis verbis *quid super huiusmodi cõtractuũ vitio statutum sit, vulgo patet.* Etsi enim lex illa est Imperatorũ Diocletiani & Maximiani, qui venditori vltra dimidiã iusti pretij læso primi subuenerunt, supra dictis tamen verbis, nõ quid ab iis Imperatoribus contra iuris communis rationem constitutum, sed quid à iure communi in similibus causſis statutum fuerit significatur. *super vitio*, inquit, *huiusmodi contractuum.* Nam cõtractuum bonæ fidei vitium est si contineant læsionem & inęqualitatem etiam citra dolum, exceptis venditionibus & locationibus, ob idque iudicij bonę fidei ęquitate vitium illud emẽdandum est, quatidiu iudicium illud ex alterutra parte exerceri potest. In causſa verò dotis iudicium bonæ fidei tandiu supereſt, quandiu dos mulieri eiúsve heredi restituta non fuit. Non magis igitur locus ille referri potest ad nouam Imperatorum constitutionem, quàm quod scriptum est in *d.l.iure 6.§.vlt.& d.l.si res 12.§.1.de iur.dot.* & aliis eiusmodi iuris antiqui locis, qui accommodatam ex noua constitutione interpretationem recipere non possunt. Planè si dos fuerit mulieri restituta in conuenta ęstimatione, siue mulierem ex ea æstimatione læsam proponas, siue maritum, fateor nullum superfore iudicium bonę fidei, cuius ęquitate subueniri possit ei personæ quę fuit lęsa. Sed nego subueniri ex hac causſa debere, ne mulieri quidem nisi minor fuit annis vigintiquinque, quia est quod imputetur maiori, cui cùm iudicio de dote experiretur, non fuerit vsa auxilio & beneficio iuris communis. Præterquàm si qua sit causſa ob quam maioribus quoque succurri soleat, id est, si vis, aut dolus intercesserit. Nec sanè vllus iuris locus est qui eo casu aut mulieri, aut marito subueniendũ esse dicat: Sicut neque in cæteris contractibus vnquã subuenitur ei qui læsus fuit, si contractui

ex vtraque

ex vtraque parte ita ſatisfactum ſit, vt ex contractu agi amplius non poſſit *d. l. maioribus* iunct. *d. l. ſi inter* 8. *C. cõmun. vtr. iudic.* Dices, an ergo melioris cõditionis erit venditor poſt Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quàm mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut quam condiuiſor qui in diuiſione læſus eſt? Conſtat enim venditorem non ſolùm perfecto contractu, quod fit nudo conſenſu, ſed etiam impleto, id eſt ſubſecutis rei venditæ pretiique mutuis traditionibus ſi læſus ſit vltra dimidiã iuſti precij habere conductionem ex *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* hactenus vt emptor vel rem reddere precio recepto, vel iuſtum preciũ ſupplere iubeatur. Et tamen diximus quod & verum eſt, venditionem in eo deterioris eſſe conditionis quàm ſint cæteri contractus bonæ fidei: quod ſi læſio quantacunque dummodo citra dolũ in ea interuenerit, nullo iuris communis auxilio venditor adiuuatur, beneficio verò nouæ legis non aliter quàm ſi immodica & enormis læſio proponatur. Et hic ſanè totius ferè huius tractatus difficilior nodus eſt. Sed facilis erit explicatio ſi dicamus, motos fuiſſe Imperatores vt nouum illud ius in venditione inducerent ob hoc ipſum quòd venditor quantumcunque læſus omni auxilio deſtituebatur, eo prætextu quòd in hoc conuentionis genere liceret cõtrahentibus ſe inuicem decipere in pretio, cùm tamen eâ decipiendi licentiâ plerique paſſim abuterentur, maximè in necem venditorum quos neceſſitas rei familiaris plerumque adigit ad venditionem viliſſimo pretio faciendam. Nec tamen conſequens eſſe, vt cæteris contractibus qui hac parte venditione fauorabiliores ſunt idem beneficium hodie dari debeat, id eſt, vt ſecuto quoque implemento ex vtraque parte, atque ita extincto iudicio bonæ fidei ſuccurramus ei quæ læſus fuit, nec ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, quia eſt quod ei imputetur, non quòd ita contraxerit, ſed cur contractum tantæ læſionis iniquitate laborantem vltrò impleuerit, nec potiùs curauerit, vt ad æquitatem reduceretur, & in melius reformaretur, cùm ipſius iudicij æquitate & poteſtate id aſſequi poſſet. Quod ipſum quoniam venditori imputari non poteſt, cui ſcilicet ius antiquum nullomodo ſuccurrit, mirum non eſt, ſi lex noua ei ſubueniat tum etiam cùm impleuit contractum, perinde acſi non impleuiſſet. Quanquam ſi velit venditor hodie iudicij æquitate ſe tueri priuſquam contractum impleuerit, proculdubio poteſt quia iudicium bonæ fidei eſt dummodo ſit læſus vltra dimidiam iuſti pretij. Alioqui ius antiquum manet, in eóque deterioris conditionis eſt venditor quàm cæteri, ſicut & melioris cùm vltra dimidiam iuſti pretij deceptus eſt. In eo quod non ſolùm tueri ſe iudicij æquitate ante impletum contractum, ſed etiam poſtquã impleuerit vltrò agere poteſt, vt iniquitas corrigatur. Itaque ſomnium eſt interpretum noſtrorum, quòd putant beneficiũ *dictæ legis ſecundæ. C. de reſcind. vendit.* locum habere in fundo dotali pluris aut minoris æſtimato, & ad diuiſionẽ alióſque bonæ fidei contractus produci debere. Somnium verò Iacobi Cuiacij quod defendit iam olim obtinuiſſe in venditione illud ipſum ius quod à Diocletiano & Maximiano inductum eſt in *d. l. 2. C. de reſcind. vendit.* Quod autem addit etiam de ſuo beneficium venditori datum ad emptorem porrigendum non eſſe, an verum ſit, itémque de aliis bonæ fidei contractibus videamus.

ERROR SEPTIMVS.

De emptore qui immodicè læſus eſt.

QVIS vnquam ex pragmaticis quisquam dubitauit, ne ferè ex interpretibus quin beneficium quod noua Imperatorum Diocletiani & Maximiani constitutione venditori datum est in *l. 2. C. de rescind. vendit.* porrigi debeat ad emptorem, itémque ad locatorem, conductorem, permutatorem, ad omnes denique bonæ fidei contractus: quasi in omnibus eadem æquitatis & bonæ fidei ratio idem quoque ius postulet. In eámque rem abutuntur passim rescripto eorundem Imperatorum quod extat in *l. 3. C. commun. vtr. iudic.* vbi generaliter scriptum est in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari oportere. Cuius tamen loci quàm alius planéque diuersus sensus sit, iam satis supérque in superioribus explicauimus. Primus *Iacobus Cuiacius libro decimo sexto obser. capite* 18. negauit porrigendam esse ad emptore, ea potissimum ratione motus quòd non eade sit ratio subueniẽdi emptori, quæ venditori. Propterea quòd, inquit, venditore plerumque necessitas rei familiaris cõpellit vendere pretio minore *l. 2. l. non idcirco* 12. *leg. si quos* 16. *C. de rescind. vend. l.* 1. *C. de præd. dec. l.* 2. *C. sine cens. vel relig.* Emptor verò vltrò accedit ad emptionẽ prædij, sæpe fraudandi causſa, & plerũque emit pretio impenso & immodico affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quòd illic educatus sit, vel parẽtes sepulti, vt *leg.* 1 *§. sed si rẽ. D. si quid in fraud. patron.* vel quod magis ei fuerit, vt in *l. si in emptionẽ* 35. *D. de minor.* quibus casibus siue prudenter, siue stultè faciat, quia tamẽ sponte facit, nihil causſæ est cur ei subueniatur. De locatione non dubitat quin idem iuris sit quod de venditione, sicut & de conductione idem quod de emptione. De permutatione verò quia non magis venditioni quàm emptioni similis est, videtur magis dubitare. Sed tamen concludit idem beneficium dari debere vtrique permutatori, sed quatenus vterque venditori assimilatur, non quatenus vterque emptorem imitatur. Ego verò miror ingenia tot tantorũmque virorum se exercentium & aberrantium manifesta iuris certissimi ignoratione. Nam vt ab ea dubitatione incipiamus, quæ est de emptore, si iuris rationem inspicias, certum est nullo modo ei subueniendum esse ob quantumlibet immodicam læsionem, quia nec venditori subueniretur nequidem ante impletum contractum, etsi iudicio empti aut venditi quod bonæ fidei est ageretur, quoniam in eo contractu speciale est vt liceat contrahentibus se inuicem naturaliter in pretio decipere *l. in causſa* 16. *§. idem Pomponius. D. de minor. l. si voluntate* 8. *c. de rescind. vendit.* Nec aliud in locatore & conductore iuris est, propter eandem rationem *l. item si pretio* 22. *§. vlt. & l. seq. D. locat.* Itaque ad hos contractus non pertinet, quod de aliis bonæ fidei contractibus scriptum est. Id quod inæqualiter gestũ fuerit, æquitate iudicij bonæ fidei in melius reformari debere, nisi cùm vis aut dolus intercesserit. Nec bona ratio est quia mouentur interpretes vt emptori subueniant, *quòd bonæ fidei contractus sit*, qua tamen meliore alia nullam habẽt. Si verò ius nouum inspicias quod ab Imperatoribus contra iuris veteris rationem constitutum est, quid apertiùs quàm constitutionẽ de solo venditore locutã esse? Ergo qui eam protrahunt ad emptorẽ, fateantur necesse est id se facere sine lege, & consequenter sine ratione, cùm nec in venditore rationem vllam habere possit lex noua, quę abhorret à iuris veteris ratione. Et verò apertissima & euidentissima inter venditorem & emptorẽ dissimilitudinis ratio illa est quam nos ex Cuiacio protulimus. Nã quod lex ait *humanum est*, often-

eſt, oſtendit ſatis ita ab Imperatoribus conſtitutum in venditore, nõ ratione aliqua iuris aut æquitatis, aut bonæ fidei, ſed miſerationis tantùm, vt & in *l. ſcripto 7. §. vlt. D. rend. liber.* Videtur enim miſeratione dignus vẽditor, qui vrgente neceſſitate res ſuas, quas ſciat multò pluris eſſe, cogitur tamen viliſſimo pretio diſtrahere, nullum alioquin emptorem inuenturus. Ideoque parum, meo iudicio, intereſt an venditor ſciat rei ſuæ valorem, necne. Tanto magis enim dignus eſt cuius leges miſereantur, qui contra quàm velit rem maioris pretij vendit minore. At emptoris qui multò pluris emit quàm res ſit, nihil cauſſæ eſt cur miſereamur. Stultitiæ enim potiùs id imputandum eſt, vt ait *l. 3. l. alienus. D. ad leg. falcid.* Stultis autẽ vix eſt vt vnquam ſubueniatur quomodo nec iis qui errant in iure cùm habeant copiam iuriſperitorũ, quos ſtultos vocat Iuriſc. in *l. regula. 9. §. pen. D. de iur. & fact. ignor.* Nec cõmunem interpretum & pragmaticorum errorem iuuat quod ſcriptum eſt in *§ ſed ſi emerit 9. l. 1. D. ſi quid in fraud. patr.* quo potiſſimum vtitur Ioãnes Robertus in Animaduerſionibus vt Cuiacij ſententiam impugnet. Etſi enim eo loco ratio eadem conſtituitur emptoris multo maiore pretio comparantis, & vẽditoris multo viliore diſtrahentis, id tamen pertinet ad actionem Fauianam quæ datur patrono in cuius fraudẽ alienatũ eſt, nõ autem ad propoſitam diſputationem, de qua nunquam Iureconſulti ne per ſomnium quidẽ cogitarũt. Et ratio diſſimilitudinis non obſcura illa eſt, quia quicquid in fraudem patroni factũ eſt à liberto, id reuocari æquum eſt, meliorémque eſſe conditionem patroni qui neque contraxit, neque fraudari potuit, quàm liberti qui ipſe emit aut vendidit, quique ſibi ipſi non etiam patrono fraudem potuit facere. Quare nec dubitatur quin idẽ dicendum ſit, etiamſi læſio quæ in emptione vel venditione interuenit per fraudem liberti non excedat dimidiã iuſti pretij: cùm tamen ſit in confeſſo nec olim potuiſſe nec hodie poſſe reſcindi venditionem ex immodica læſione, ſi non vltra dimidiã venditor læſus ſit. Probátque potiùs ille locus, ſi ſubtiliùs intueare, nec venditori nec emptori ſuccurri debere ob ſolam immodicam læſionem: alioqui nihil eſſet neceſſe vt patrono per Fauianã & ex proprio iure ſuccurreretur, ſi ex perſona liberti ſuccurri ei poſſet, vt ſaltem ex bonis liberti haberet eam actionẽ quam libertus ipſe ſuo iure eſſet habiturus. Quod autem pro eodem pragmaticorũ errore tuendo obiicitur de marito qui in re dotali pluris æſtimata circumſcriptus eſt, multò minùs ad rem pertinet, vt ex iis quæ proximo capite diximus intelligi poteſt. Et verò vſu ipſo euenire cernimus, vt rariſſimè emptor à venditore vltra dimidiam iuſti pretij decipiatur. Et ſi quando id euenit, vt plurimum fit, dolo venditoris, qui haud dubiè æquitate ipſius iudicii ex empto quod bonæ fidei eſt, vindicatur. Dolo nãque intercedente nulla prorſus differentia eſt inter emptionẽ, venditionem, cæteróſque bonæ fidei cõtractus, & in omnibus generaliter eo caſu verũ eſt quod ait *l. 3. C. commun. vtr. iud.* in bonæ fidei iudiciis quod æqualiter factũ eſſe cõſuluerit, in melius reformari. Nec ſolùm ſi vltra dimidiã iuſti pretii, ſed etſi longè minor læſio dummodò per dolũ alterutrius cõtrahentiũ interuenerit. Ille verò multò grauior & intolerabilior eorundẽ interpretũ & pragmaticorũ error eſt, quòd exiſtimant videri læſum emptorẽ vltra dimidiã iuſti pretij ſi rẽ dignã 10. emerit 16. cùm tamẽ certiſſimũ ſit ad eiuſmodi læſionẽ inducendã neceſſariũ eſſe, vt rẽ dignã 10. emerit 21. vt eadem proportio ſeruetur in emptione quæ in venditione. Nemo enim dubitat quin venditor tũ demũ vltra dimidiã iuſti pretij læſus videatur cùm

Digitized by Google

rem dignam 21. vendidit duntaxat 10. Iuſtum autem pretium ita ſuppleri per emptorem ſi offerat 21. non ſi dimidium aurei, cum decem, quamuis ſi ab initio decem cum dimidio dediſſet, venditori hodie non ſuccurreretur. Alioqui fruſtra lex daret optionem emptori qui vtique mallet ſemper ſupplere quod deeſſet iuſto pretio quàm rem reddere. Similiter igitur è contrario dicendum eſt læſionem vltra dimidiam iuſti pretij ex parte emptoris interuenire cùm rem dignam decem emit 21. Venditorem verò illo caſu habere optionem debere, vtrum de medio malit vndecim remittere, an recepta re, quantum accepit, id eſt aureos 21. reddere. Idque iam antè nos rectè obſeruatũ eſt nõ tantùm à *Cuiacio*, ſed etiã à *Carolo Molineo*, qui ſi cũ *Cuiacio* in iuriſprudẽtia conferatur, meo iudicio nullus homo eſt. Quid tamen ſibi *Molineus* velit cùm ait emptori quidem ſubueniẽdũ eſſe ex beneficio *d. l. 2.* ſed nõ æquè ac venditori, ego planè non intelligo, niſi tantam Molineo legis nouæ condendæ poteſtatem demus quantam Impp. Diocletianus & Maximianus habuerunt. Omnino enim aut lex illa Impp. ſeruanda eſt in emptore, aut nulla prorſus. Quod autem *Cuiacius* poſt cæteros omnes idem admittit in locatore & permutatore quod in venditore, quàm falſum ſit, ex iis quæ mox dicemus intelligetur.

ERROR OCTAVVS.

Si locator immodicè læſus ſit.

DIximvs in ſuperioribus, eandem olim fuiſſe venditoris & locatoris rationem, in eo quòd ſicuti in vẽditione & emptione, ita in locatione & conductione licebat cõtrahentibus naturaliter ſe in pretio inuicem decipere, *l. in cauſſa* 16. §. *idem Pomponius D. de minor. l. item ſi* 22. §. *vlt.* D. *locat. l. ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcind. vend.* & ideò neque venditori neque locatori qui citra dolum immodicè læſus eſſet ſuccurſum fuiſſe æquitate iudicij bonæ fidei, vt fiebat in cæteris bonæ fidei iudiciis *l. & ideò* 23. D. *locat.* iunct. l. 3 *C. commun. vtriuſque iudi. l.* 3. *C. quib. ex cauſ. maior. l. iure.* 6. §. *vlt. & l. ſi res* 12. §. 1. D. *iur. dot.* Eadem ratio facere videtur vt quemadmodum hodie ſuccurritur venditori ex noua Diocletiani & Maximiani conſtitutione ſi vltra dimidiã iuſti pretij læſus ſit, hactenus ſcilicet, vt emptor vel iuſtum pretium ſupplere vel recepto pretio quod dedit, rem quam accepit reſtituere teneatur: ita etiam locatori in eodem caſu eadémque æquitatis ratione ſuccurri oporteat. Vterque enim contractus bonæ fidei eſt, iiſdémque regulis conſtat, vt ſcriptum eſt in *l.* 2. D. *locat.* Eáque conſentiens vox eſt interpretũ omnium, & pragmaticorũ. Mihi tamen valdè ſuſpecta, & vt liberè dicam quod ſentio, prorſus falſa: non ideò duntaxat quòd noua lex de venditore tantùm locuta ſit, non etiam de locatore. Nouæ autem leges iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſint trahendæ, ne quidem ex identitate, vt loquuntur, rationis & æquitatis, vt à iure communi quàm minimùm fieri poteſt recedatur, ſed etiam quia non video qua ratione aut quâ viâ optio illa quam Impp. dederunt emptori, vt iuſtum pretium ſupplere poſſit ſi velit, accommodari queat conductori, præſertim fundi ruſtici. Siquidem iuſta merces & penſio in locatione non niſi ex fructuum modo conſtitui poteſt. Locatio enim eſt vice venditionis fructuum, vt diximus *Decade* 6. *Error.* 6. At fructuum percipiendorum non ſolùm modus, ſed etiam valor incertus eſt *l. ſi ea lege* 17. *l. oleo* 23. *Cod. de vſur.*

Vnde

Digitized by Google

Vnde illud quoq; fit vt ſi in plures annos facta ſit locatio, & primo anno aut nulli, aut per exigui fructus percepti ſint, remiſſio tame mercedis nó prius fieri debeat, quàm totum locationis tépus præterierit, vt ſciatur an primi anni ſterilitas cum ſequentium vbertate cõpenſari poſſit *l. ex cõducto* 15. §. *Papinianus alias l. ſi vno anno D. locat. l. licet certis annis* 8. *C. eodem.* Eóque iure paſſim vtimur. Quomodo igitur fieri poteſt vt locator ſe immodicè læſum dicat & probet quantulacumque mercede locauerit, priuſquam locationis tempora effluxerint? Quod ſi id expectandum eſt, quis admittat ſuccurrendum eſſe locatori ex cauſſa immodicæ læſionis, cùm ea læſio quæ locũ facere poteſt beneficio legis ex eo præciſè tempore æſtimanda ſit quo cõtractum fuit, non quod ſubſecutum eſt *d. l. ſi voluntate.* Dices, poſſe læſionis huius certam rationem conſtitui æſtimato ex communi hominum ęſtimatione dubio, illo euentu non modò quantitatis, ſed etiam valoris fructuũ percipiẽdorum. Fateor dubium euentum æſtimari poſſe, vt in *lege propter ſpem* 23. *D. famil. erciſcund.* aut cùm iactus retis emitur *l. ſi iactũ* 12. D. *de actio. empt. l. nam hoc modo* 11. D. *de hered. vel act. vendit.* Sed nego incerti illius euentus poſſe vllam certam iuſtámque eſſe æſtimationem, ſed pro certa iuſtáque habetur quæcunque & quantulacumque facta eſt, quia ex cuiuſque opinione pendet, non ex re ipſa quanti id ſit, quod quale quantumque futurum eſt nondum apparet *l. vbi autem* 73. *D. de verb. obligat.* Atqui, inquies, ſi ea locatio facta eſſet publica auctione, multò amplior merces & ſupra dimidiam redigi potuiſſet, adeóque fortaſſis ea lege vt conductor caſus fortuitos omnes in ſe reciperet, nec vlla ex cauſſa mercedis remiſſionem poſtulare poſſet. Ita eſto, nego conſequens eſſe vt iuſtum certúmque pretium illud videri debeat. Quis enim negabit fieri poſſe vt qui ea lege conduxerit, damnum ex conductione ſentiat? ſi fortè aut nulli fructus aut tam exigui prouenerint, vt ex eorum pretio redigi conuenta merces non poſſit? At ex contrario potuit conductor lucrari, cedo, ſed mihi ad victoriam ſatis eſt quòd potuerit etiam damno adfici, vt inferam non poſſe locationis tam certam iuſtámque eſſe mercedem, vt locator certam læſionem poſſit obtendere propter quam æquum ſit ei ſubueniri. Non enim quid locator communi euentus incerti æſtimatione redigere locando potuerit inſpiciendum eſt, ſed quid & quantum ex fructibus percipere in fundum non locaſſet; hoc ipſum autem omnino incertum eſt: nec deſunt plerique diligentes patresfamilias qui certam mercedem nullo remiſſionis faciendæ periculo obnoxiam longè præferant incerto lucro, quod ex fructuum perceptione multò vbertius ſperare potuiſſent. In eóque manifeſtè differt venditio rei immobilis à locatione. Res enim immobilis quæ venditur ſicut certa præſenſque eſt, ita certam & præſentem habet æſtimationem, ex cuius comparatione tam inde ab eo ipſo die quo contractum eſt, ſciri poſſit an venditor læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, necne. Fructus autem rei locatę quantumcumque ſpe vbertimi & quam plurimos emptores nacturi, poſſunt reipſa & euentu tam parui eſſe, vt etiamſi minima mercede conducti eſſent, tamen conductor in damnum incideret, iuſtámque eorum ęſtimationem conuenta merces ſuperaret. Quo caſu quis obiecrq diceret iuſtam fuiſſe mercedem quę eorum fructuum nomine promiſſa eſſet? Nec eſt contrarium quod dici ſolet, æquitatem contractuum non ex euentu ſed potiùs ex initio ęſtimandam, præſertim cùm quęritur an huic aut illi ſit ſubueniendum. Ex eo

namque infero quod volo, non igitur posse certiorem aut iustiorem vllá esse dubij euentus æstimationem quàm quæ fit ab initio, quanta demum aut quantulacumque illa sit, inspecto scilicet eo, non solùm quot quantique fructus percipi potuerint, sed etiam quot quantique potuerint non percipi. Denique hoc casu spes quodammodo emitur, & periculum, quod vtrinque imminet ex maiore aut minore percipienda fructuum quantitate, tanti æstimatur. Nec nouum est vt propter eam incertitudinem, & quantitatis & valoris fructuum percipiendorum deterior hac parte sit conditio locatoris, cùm ex contrario interdum & melior sit ob hác eandem caussam creditoris conditio cui fructus huiusmodi debentur, vt puta si de frumenti vel hordei mutuò dati accessionibus tractetur. Etsi enim fœnebris pecuniæ vsuras constat nõ deberi nisi ex stipulatione *l. Titius 24. D. de præscr. verb. l. 3. C. de vsur.* frumenti tamen vel hordei mutuò dati accessiones etiã ex nudo pacto præstandas esse placuit *l. frumenti 12. eod.* nimirum propter incerti pretij rationem, vt ait *dicta lex oleo 23. eod.* Fieri namque potest vt ea mora plus lucri adferat debitoti quàm adferat damni obligatio accessionum, licèt alioqui vix sit vt non videatur conditionem suam deteriorem facere is qui frumenti vel olei accessiones promittit, quas citra promissionem non deberet. Ac sanè si verum est quod nos proximo capite probauimus, miserationis potiùs quàm aut iuris, aut æquitatis, aut bonæ fidei ratione succurrimus esse venditori quem necessitas rei familiaris solet plerumque adigere ad venditionẽ vilissimo pretio faciendam, cur dicamus similiter miseratione dignum esse locatorem qui vilissima mercede rem suam locauit? Nam vt taceam multò minus damni, & incommodi esse in locatione quàm in venditione, nec facilè pro re minimi & temporalis, vt ita dicam, præiudicij rescindendum esse bonæ fidei contractum, quis non videt quàm dispar sit hac in re locatio à venditione? Quantumcumque enim prematur locator angustia rei familiaris cõductores multos inuenire potest, at venditor nonnisi perpaucos emptores propter periculum quod multò maius est grauioris damni incurrendi si ab egeno quis fundum comparet quàm si conducat: quia nec merces solui ex conductione solet nisi quandiu & quatenus conductori frui licet, pretium autem ex caussa emptionis statim soluendum est si non statim immineat periculum euictionis quantũcumque paupet sit is qui vendidit *l. si post perfectam. C. de euict.* Sanè in locatione prædij vrbani paullò obscuriori res esse videtur, quoniam qui ex eo fructus percipitur certior est, cùm quotidie percipiatur, vt proinde ex comparatione eius qui in ipso cõtractus die percipitur, facilè iniri possit iusta mercedis totius anni æstimatio. Nam & inde alia differentia nascitur inter locationem prædij vrbani & locationem rustici, quòd reconductio prædij rustici ex sola taciturnitate in annum vnum facta intelligitur, vrbani verò non nisi singulos dies *l. item quæritur 13. §. vltim. D. locat.* Sed magis est vt hac parte nihil intersit, vtque viliore mercede facta locatio tenere debeat dum ne dolus intercedat *dict. l. & ideo 23. D. locat. l. si ea pactione 14. Cod. de vsur.* propter alias rationes quas rustici prædij locatori nocere diximus: item quia prædij vrbani fructus ab vsu patrisfamilias separatus nullus est nisi qui ex locatione percipitur. Itaque cùm per locationem constituatur non pluris videri potest quàm quantus constituitur per locationem. Nec quòd prædium vrbanum alij pluris locari potuit, ad rem facit,

facit. Potuit enim contrà etiam fieri, vt aut nemini, aut minori mercede locaretur. Neque magis læditur qui prædium vrbanum quod alij locare potuit centum aureis, locauit tibi quadraginta, quàm qui pecuniam fœnebrem quã credere potuit sub vsuris centesimis, credidit sub quincuncibus. Nam sicuti pecunia, sic prædium vrbanum res sterilis est, nec vllos ex se fructus parit, ideóque quod ex ea re percipi potest, mero lucro imputandum est, non etiam damno, tametsi plus commodi ex locatione alij facta redigi potuerit. Inauditum verò est vt in lucro maioribus siue per in integrum restitutionem, siue qua alia ratione succurratur. Id enim proprium ius est minorum, *hanc prætor 7. §. hodie. D. de minor.* Interesse namque videtur eius duntaxat qui damnũ passurus est, non eius qui lucrum facturus esset *l. si is cui 7. §. 1. D. de fer.* Et hanc sententiam probat non malè *d. l. 14. C. de vsur.* si benè intueare, vt nos docebimus pluribus *p. 2. pro. 2. in Err. 6.* Nec sententiæ nostræ aduersatur quòd venditio & locatio non iisdem regulis constant *d. l. 2. de locat.* Nam quod venditori vltra dimidiam iusti pretij læso succurritur, non fit ex iuris regula, sed contra iuris regulam ex Impp. constitutione quæ de venditore tantùm, non etiá de locatore locuta est, vt suprà diximus.

ERROR NONVS.

Si in permutatione læsio immodica ex alterutra parte interuenerit.

HABET permutatio pleraque similia, & affinitatem maximã cum emptione & venditione, quoniã origo emendi vendendique ab ipsis permutationibus cœpit, vt pluribus refert Paulus in *l. 1. D. de contr. empt.* illa similitudo præcipua est quòd sicut emptio & venditio, ita permutatio bonæ fidei est, & vicé emptionis obtinere dicitur *l. 2. C. de rer. permut.* inde fit vt neq; ex interpretibus, neq; ex pragmaticis quisquam dubitet, quin nouũ illud ius quod ab imperatoribus in venditione inductum est, in permutatione quoque locum habeat, id postulante eadem, vt putant & iuris & æquitatis ratione. Vel ob id magis, quod solo *Iacobo Cuiacio* excepto, cuius sententiam nos in superioribus probauimus, idem ius quod in venditore constitutũ est, in emptore quoque constitutum voluit. *Cuiacius* verò ne secum pugnantia dicere videatur, admittit quidem in permutatione locum esse constitutioni, sed ex ea parte inquit, qua permutatio venditionem, non qua emptionem imitatur. Me, vt contra sentiam, perpetua illa sibique constans ratio semper mouet, quòd neque lex Imperatorum de permutatione locuta est, sed tantùm de venditione, neque necessitas vlla fuit, propter quam Imperatores permutanti subuenire deberent aduersus immodicam lesionem. Nam cùm permutatio sit contractus bonæ fidei, neque tamen ex eorum numero in quibus naturaliter licet contrahentibus se decipere in pretio (quia neque pretium in permutatione vllũ est *l. 1. D. de rer. permut.* neque inter permutantes tractatus ille præcedit, quem in venditionibus præcedere ait *lex si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.*) Consequens est, vt si qua læsio & inequalitas interuenerit, ea corrigi possit æquitate iudicij bonæ fidei, nec extrinseco egeat auxilio. Ex regula *l. 3. C. commun. vtr. iud. l. 3. C. quib. ex caus. maior. l. iure 6. §. vlt. l. si res 12. §. 1.*

D.de iur.dot. Quòd ſi is qui læſus fuit aut prior impleuerit vt actionē ex placito permutationis haberet *l.ex placito* 3.*C.de rer.permut.* aut agenti aduerſario cōſenſerit,atque ita implementum vtrimque ſubſecutū ſit, eſt ſanè quod ſibi imputet cur communi iuris beneficio vti noluerit,planéque indignus eſt ſi maior ſit annis vigintiquinque cui ſuccurratur, poſt duplicem cōſenſum à ſe præſtitum,& cùm contraxit, & cùm contractum adimpleuit. Sicut de diuiſione ſcriptū eſt in *l.ſi inter* 8.*C.commun. vtriuſq; iudic.* Eſt enim permutatio ſimillima diuiſioni potiùs quàm venditioni. Vtraq; enim emptionis vicē obtinere dicitur, *l.1.C.eo.d.l.2.C.de rer.permut.* quod de venditione ſimiliter niſi ridiculè dici non poſſet. Ex placito permutationis nulla re ſecuta, niſi ſtipulatio interpoſita ſit, nulla naſcitur actio *d.l.ex placito*, quemadmodum neque ex placito diuiſionis *l.diuiſionis placitum* 45.*C.de pact.* Vtraque tamen actio bonæ fidei eſt *d.l.3.C.commun.vtr.iudic.d.l.2.C.de rer.permut.* Denique vterque contractus perficitur traditione hinc inde facta *d.l.ſi inter.l.*4.5.7.*&* 8. *C.de rer.permut.* nec vlla inter diuiſionem & permutationem diſſimilitudinis ratio hac parte reddi poteſt, cùm tamen inter venditionem & permutationē ſint permultæ. Et illa imprimis, quam diximus, quòd non licet in venditione ita & in permutatione licet naturaliter contrahentibus ſe decipere. Itē quòd non ſicut plerumque venditor neceſſitate rei familiaris premitur, vt rē ſuam quæ multò maioris pretij ſit, vilißimo diſtrahere cōgatur, ita & qui rē ſuam permutat. Non tam enim id agit qui permutat vt alienet, quàm vt acquirat. Ideóque minus dignus eſt, cui miſerationis, & vt Imperatorū verbo vtar, humanitatis intuitu ei ſuccurratur ex cauſſa ſolius immodicæ læſionis, ſicuti diximus cum Cuiacio non eſſe ſuccurrendum emptori quantocumque pretio emerit, quia ſponte & vltrò ſine prudens & ſciēs, ſine inſanens accedit ad emptionē. Et hinc quoque pendet tertia & præcipua ratio propter quam vel Cuiacium ipſum poſſim cogere vt fateatur non idē iuris in permutatione quod in vēditione cōſtituēdū eſſe, nimirum quia permutatio non vēditionis ſed emptionis, vt diximus, vicē & inſtar obtinet, & quidē ex parte vtriuſque permutantis, licèt emptio ſine venditione nulla eſſe nec intellectu quidē percipi poſſit. Alioqui cùm in permutatione vtrimque omnia ſint æqualia, dici nō poſſet ex vtrius potiùs perſona emptionis vicē gerere videretur Cur verò emptionis nō venditionis? Quia, vt dixi, vtriuſque permutātis animus ille eſt vt ſib acquirat, nō vt alienet. Quod enim vterque alienat, fit per conſequentiā, quia fieri aliter non poſſet, vt alter alterius rē haberet, quippe quam nolit dominus alienare, niſi ea mente vt in eius locū aliam ſibi comparet. Cùm enim is qui ab alio acquirit nihil habet quo vicißim alius indigeat, pecunia nō res pro re datur, tūmq; emptio & vēditio cōtrahitur, nō permutatio *d.l.1. D.de contr.emp.l.naturalis* 5.§.1. *D.de præſcr.verb.* Quod ſi verū eſt, vt eſt, permutationē emptionis vicē obtinere, non ergo obtinet vicē venditionis. Etſi enim veteres emptionis venditioniſq; appellationibus promiſcuè vtebātur *l. veteres* 19. D. *de act.empt.* conſtat tamen aliam eſſe venditionē, aliam emptionē, aliū venditorē, alium emptorē, aliam denique venditi, aliam empti actionem *l.ex empto* 11.*& paſſ.* D.*eo.* nec proinde fieri poſſe vt vnus idēmque cōtractus emptionis & venditionis iure cenſeatur. Atqui fatetur *Cuiacius*, & veriſſimū eſt emptori qui vltra dimidiā iuſti pretij læſus eſt, nō ſuccurri beneficio *l.2. C.de reſcind.vend.* Ergo neque permutanti ſuccurretur, vel ob id maximè quòd ei aliunde ſatis ſuperque conſulitur ſola æquitate ipſius iudicij quod

bonæ

bonæ fidei est si prius quàm contractum impleat, iure suo vti velit, & officiũ iudicis implorare, vt quod inæqualiter factum fuit in melius teformetur. Et ridicula est illa distinctio vt etiam post implementum succurratur permutanti, non tanquam emptori, sed tanquam venditori, cùm emptoris tantùm, non etiam venditoris partibus fungatur. Neque obstat quod in *l. 1. §. sed si remerit* 13. D. *si quid in fraud. patron.* eadem ratio constituitur venditionis, permutationis, & locationis, in illo etiam casu de quo disputamus, id est cùm in contractu læsio interuenit. Ad alium enim casum locus ille pertinet, ad illũ scilicet quo contractus à liberto initus sit in fraudem patroni. Parum namq; refert quomodo fraus patrono facta fuerit, an vendendo an emendo, aut locando, aut permutando, aut quo alio contractus genere. Siquidem quicquid in patroni fraudem gestum fuit, totum id per Fauianam actionem reuocari æquum est. Nos verò eum casum tractamus quo quis non alij, sed sibi ipsi fraudem fecerit, in eóque contractuum iura prout cuiusque natura fert distinguimus & separamus.

ERROR DECIMVS.

Si aduersus transactionem ex causſa læsionis immodicæ restitutio petatur.

TOLERABILIOR esset interpretum & pragmaticorum error, si quod nouo iure ab Imperatoribus constitutum est fauore venditoris læsi vltra dimidiam iusti pretij, producerent ad cæteros duntaxat contractus venditioni similes, id est qui bonæ fidei sunt. Sed quod crescente paulatim audacia idem iuris indictum volunt, in contractibus quoque stricti iuris ferri meo iudicio nullomodo potest. Et illud multo minus, quod rationis loco addunt, contractus omnes hodie bonæ fidei censendos esse, quod quàm falsò & ridiculè ab iis dicatur, proxima decade ostendemus. Ille nunc error nobis refellendus est qui mihi omnium maximus videtur, quòd etiam transactionem ex causſa immodicæ læsionis rescindi posse arbitrantur. Quo quid dici potest, non dicam absurdius, sed toti etiam reipublicæ perniciosius? Nam si reipublicæ interest, lites quæ in dies ferè singulos innumeræ emergunt, aut iudicato, aut transactione finiri, finitas autem bona fide, id est non vi, non dolo, numquam rescindi quemadmodum tot iuris locis scriptum est, quis erit obsecrò litiũ finis, si ex causſa immodicæ læsionis transactiones rescindi concedatur? Et verò si Pandectarum ius inspicias, constat non potuisse transactionem rescindi prætextu læsionis, nec si ad quadruplum vsque læsio interuenisset, *l. Lucius* 78. §. *vlt. D. ad. S. C. Trebell.* Si verò Diocletiani & Maximiani constitutionem, quæ de venditore tantũ loquitur, quid in ea est ex quo possit coniectura capi, quod idem constitutum voluerint in transactione? Transactiones enim licèt bona fide factas esse oporteat vt omnimodo defendantur, nec in integrum restitutionis periculo subiaceant ex capite edicti, *De dolo* aut *De eo quod met. caus.* tamen bonę fidei contractus non esse nemo nescit. Bona autem fide factas transactiones eas interpretamur, quę neque vim neque dolum habuerunt, tametsi ex iis læsio aliqua emerserit. Nihil enim commune habet læsio cum mala fide, præsertim cùm de transactione tractatur, quia nihil pro-

hibet quominùs prudenter & vtiliter feciſſe exiſtimandus ſit, qui litem execratus ex qua non minùs compendij quàm moleſtiæ ſperare poterat, de toto negotio minima pecunia accepta tranſegerit. Nam & iuſta trãſactionis cauſſa illa eſſe creditur ſi à lite diſcedatur, imò & à litis metu, ſi fortè nulladũ lis mota erat, ſed moueri tamen timebatur *l.2. C. de tranſact.* dummodò non dicis cauſſa & per calumniam ea lis inſtitueretur *l. ſumma 65. §.1. De condict. indeb.* Itaque generaliter conſtitutum eſt cauſſas & lites tranſactione finitas reſcripto imperiali reſuſcitari non oportere *l. cauſſas 16. C. de tranſact.* Quanto minùs igitur permittendum erit vt reſſuſcitentur ſolo iudicis officio imploratо? Aut quomodo fieri poterit, vt in iudicio ſtricti iuris officium iudicis imploretur? Et ſanè cùm tranſactionum omnium ea natura & conditio ſit vt de re dubia ac incerta fieri debeant *l.1. C. eod.* læſionem verò certam eſſe oporteat, & quidem contractus tempore præciſè inſpecto, vt nouæ conſtitutioni locus eſſe poſſit *dd.2. l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. vendit.* dici nullomodo poteſt qua ratione aut quibus medijs reſcindi tranſactio poſſit ob ſolam immodicam læſionem. Fieri enim nequit vt res incerta certam habeat æſtimationẽ, *l. vbi autem 75. D. de verb. obligat.* aut vt qui incertum ius remiſit aliquo accepto, quod poterat non habere ſi iudicij caſum & euentum expectaſſet, læſus videatur *l. de fideicommiſſo 11. C. de tranſact.* Quæ res materiã præbuit Bartolo ſomniandi neſcio quid de immodica læſione quę excedat dimidiam iuſti pretij, inſpecto, inquit, etiam dubio euentu litis, vt difficiliùs trãſactionis quàm cęterorum contractuum reſciſſio inducatur. Sed mihi videtur *Baldus* dixiſſe quod oportuit, qui ſtolidam hanc *Bartoli* ſubtilitatem truſſam appellauit. Quis enim dubium illum litis euentum æſtimare vnquam poſſit? Aut quis æſtimabit niſi qui ſciet quis iudicij euentus futurus erat ſi tranſactum non fuiſſet? Quis verò hoc ipſum ſciet, niſi qui de tota lite iam inſtructa tutò iudicare poſſit? Denique ad dubium hunc litis euentum ęſtimandum neceſſe eſt de litis euentu tractari, in eámque rem reſricari quæſtionem ipſam ſuper qua tranſactum fuit, perinde acſi tranſactum nihil eſſet. Atque ita priùs etiam quàm tranſactio reſciſſa ſit is ſtatus litis conſtituitur qui eſſet iam obtenta reſciſſione. Fateor dubium euentum poſſe ęſtimari propter ſpẽ 25. *D. familerciſc.* vt & iactum retis *l. ſi factum 12. D. de act. empt.* aut cùm certo pretio venditur hereditas, ſi qua ſit vt in *l. nam hoc modo 11. D. de hered. vel act. vendit.* Sed nego dubij euentus poſſe certam eſſe ęſtimationem nec aliam certiorem quàm quę primùm pro ęſtimantis arbitrio conſtituta ſit, nec proinde certam poſſe dici læſionem quę ex huiuſmodi euentus dubij ęſtimatione inducatur. Et tamen fatentur omnes certam læſionem eſſe debere, & quidem inſpecto præciſè tempore contractus vt proſit ad contractum quiſquis ille ſit, reſcindendum. Sed in eo maximè ſuaues ſunt pragmatici, quod putant eum qui tranſactionem ex cauſſa immodicę læſionis reſcindere velit, nihil egiſſe videri ſi in proponenda facti quæſtione allegauerit duntaxat ſe læſum fuiſſe vltra dimidiã iuſti pretij, niſi adiecerit etiã verba illa *etiã inſpecto dubio litis euentu* quòd ea ſola læſio iuſta, & ſufficiẽs videri poſſit cũ agitur de cõtractu trãſactionis reſcindẽdo, nec tamẽ negãt fieri nõ poſſe vt ea læſio per teſtes probetur cùm ſit iuris magis quã facti, niſi Papinianum, Vlpianum, cęteróſque Iurecõſultos ad teſtimoniũ ea de re dicẽdum aduocet, itaque relinquunt eam arbitrio iudicis æſtimandam, vt ex dictis teſtium

teſtium qui de ſimplici læſione vltra dimidiam teſtificati fuerint, colligat an tanta ſit læſio vt inſpecto etiam dubio litis euentu vltra dimidiam videri poſſit. Quo ſenſu quid obſecro dici poteſt huiuſmodi læſione incertius? Aut quis vnquam audit facti probationem ex iure petendum eſſe, aut arbitrio iudicis committendam? Ex facto ſiquidem ius oritur, non factum ex iure: & quamuis in æſtimanda probationum fide & autoritate, maximum iudicis arbitriũ verſetur, fieri tamen non poteſt vt ipſa probationum examinandarum ſubſtãtia, id eſt ipſa facti veritas ex arbitrio iudicis pereat. Alioquin non ſolùm ſuperuacuæ eſſẽt teſtationes, ſed ipſa quoque tota facti quæſtio, nec de facto, ſed de iure tantùm apud iudicẽ queri oporteret: quod tamen nemo vnquã dixit. Denique admiſſo Bartoli ſomnio, fieri non poteſt vt litium finis vllus per trãſactionẽ conſtituatur. Nã ſi vel ſuper ipſa lite mota de reſcindenda tranſactione ob immodicã læſionẽ centies tranſactum eſſe proponas, eadẽ ſemper calũniãdi cauſſa ſupererit ei qui ſæpius litigare volet vt dicat læſum ſe fuiſſe vltra dimidiam inſpecto etiam dubio litis euẽtu, quouſque ſaltem dimidium eius rei quam aut ſuam aut ſibi debitam eſſe contendebat pleniſſimè, id eſt, cum fructibus & expenſis fuerit conſecutus. Atque ita fiet vt inter dubium, & certum, ſi quis tamẽ certus vnquã eſſe poteſt, litis euẽtum nihil planè interſit: & tranſactio ad inſtar cæterorũm cõtractuum redigatur quos ex immodica læſione reſcindi poſſe placuit, nulla dubij illius euentus habita ratione. Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit ex eo apparet, quòd etiamſi error calculi ſemper exceptus intelligatur, etiam in tranſactione, ſi tamẽ ſuper ipſo calculi errore tranſactum ſit, tranſactio omnimodo tenet, nec noui erroris prętextu reſcindi poteſt, quamuis error ille, quia facti eſt non iuris, ſit inculpatiſſimus *l. vnic. C. de error. calcul.* quo loco, vt & alijs innumeris cõparatur autoritas tranſactionis cum autoritate rei iudicatæ, vt intelligamus non minorem autoritatem eſſe tranſactionum quàm rerum iudicatarum, quod his ipſis verbis expreſſum eſt in *l. non minorem 20. C. de tranſact.* imò maiorem eſſe tranſactionum ſcripſit Harmenopulus *lib. 1. tit. 10.* Atqui conſtat ſententiam reſcindi non poſſe prætextu quantæcunque læſionis. *l. vlt. toto tit. C. ſentent. reſc. non poſſe.* Ergo neque permittendum eſt vt tranſactio inter maiores facta hoc prętextu reſcindatur. Et verò infamiæ & periurij pœna nominatim in eos conſtituta eſt, qui veniunt aduerſus iuratam tranſactionem ſiue interpellando iudicẽ, ſiue ſupplicando Principi, ſiue non implẽdo promiſſa *l. ſi quis maior 41. eod.* Quæ lex etſi durior pleriſque videtur quàm vt in praxi admittenda ſit quod ad pœnas irrogandas, oſtendit tamen ſatis quanta vis & autoritas eſſe debeat tranſactionis, pręſertim iuratę, & in qua ineunda neque vis neque dolus interceſſerit. Ob id nimirum inuitis pragmaticis factum eſt conſtitutione regia apud Gallos, apud nos autẽ edicto Diui Emanuelis Philiberti Principis noſtri, vt prætextu immodicæ adeóque enormiſſimæ læſionis, dummodò neque vis, neque dolus adſit, tranſactiones reſcindi prohibeantur: cùm vſu lõgo compertum eſſet non alia ferè de cauſſa tot litibus & iurgijs redundare tribunalia, quàm quòd prætextu huiuſmodi immodicæ læſionis permiſſa in integrum aduerſus tranſactiones reſtitutione nullus litium finis reperiretur. Sed quamquã nemo eſt qui edictum illud ſanctiſſimum non laudet, vetus tamen ille & interpretũ & pragmaticorum error non modò iuuita iuriſprudentia, ſed inuito etiam Principe extorſit, vt nõ aliter tanta ſit autoritas tranſactionum, quàm ſi actis publicis inſinuatæ ſint, inſinuari autem ante trigeſimum diem

relapsum ex quo facta sunt, non possint. Ita fit vt ante diem illum trigesimum non quidem pœnitentiæ locus sit quomodo rudiores plerique existimãt, sed tamen saluum sit ius petendæ restitutionis contra transactionem ex capite enormis læsionis, id est, quæ excedat dimidiam iusti pretij inspecto etiã dubio litis euentu. Ideóque nec nimiũ est si Sabaudia nostra tot & tantis, quot quãtisque vix alia gens vlla rebus diuexetur. Scio mouere Bartolum & quotquot Bartoli sententiam sequuntur duobus præcipuè iuris locis ex *l. si quis. cùm aliter 36. D. de verb. oblig. & l. si superstue 5. C. de dolo.* Sed quàm parum ij loci ad rem faciant probauimus in *errorem 9. Decadis primæ* tam apertè, vt hîc repetere operæ pretium non esse arbitremur.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS NONA.

ERROR PRIMVS.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur.

BONAM fidem in contractibus considerari æquum, est, inquit *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Sed vereor ne nõ satis bona fide faciant pragmatici qui ex eo colligũt cõtractus omnes esse bonæ fidei, aut ex recẽtioribus & politioribus nonnulli, qui ex eadem lege inferunt nõ ita magni momenti habendã esse differentiã cõtractuũ bonæ fidei, & stricti iuris. Nihil enim est in iure nostro frequentius & scitu dignius vel vtilius quàm obseruatio differentiarũ quæ sunt inter cõtractus stricti iuris, & eos quos bonæ fidei appellamus. Quas qui nescit, eũ necesse est in omni iuris parte desipere, aut prudẽtibus ipsis qui eas tã multas támque accuratè explicat, prudẽtiorẽ esse. Ergo cùm dicimus bonã fidẽ in cõtractibus omnibus cõsiderari debere, nõ illud significamus, quod pragmatici volũt, cõtractus omnes esse bonæ fidei, aut pro bonæ fidei cõtractibus habẽdos, sed cõtractibus omnibus cõmune illud esse, vt ex bona fide omnia, nihil ex mala inter cõtrahẽtes agi oporteat. Malã enim fidẽ quæ potissimùm ex vi & dolo inducitur leges omnes execrãtur, nec vnquã patiũtur ratũ esse quod per vim dolúmve extortum est, siue bonæ fidei, siue stricti iuris contractus proponatur. Hactenus nimirum vt tã in his quàm in illis contractibus vindicetur dolus. Sed tamẽ aliter in bonæ fidei iudicijs, aliter in strictis. Nã in bonæ fidei iudiciis vindicatur dolus ipsius iudicij æquitate, nec doli exceptio

necessaria

neceſſaria eſt. Id.n.eſt quod dici ſolet bonæ fidei iudiciis doli exceptiones inesse *l.ſed etſi ideo* 21. *D.ſolut.matr.l.huiuſmodi* 84.§. *qui ſeruum de legat.*1. At in ſtrictis iudiciis, id eſt quæ ex contractu ſtricti iuris exercentur, neceſſaria eſt doli exceptio, alioqui ex natura iudicij & ex lege contractus condemnari oporteret eum, qui tamen ex æquitate & bona fide non eſſet condemnandus, nempe quia in bonæ fidei iudiciis condemnatio fit ex fide bona, & quod æquius melius videtur, iudex ſequi poteſt ex præſcripto ipſo formulæ quæ dat ei laxiſſimas habenas æquitatis & diiudicandæ & ſequendæ. In ſtrictis verò vſque adeò addicitur iudex formulæ, vt ab ea ne latum quidem vnguem recedere poſſit. Itaque ſi appareat Lucium Titium Mæuio ſtipulanti ſpopondiſſe, aut à Mæuio centum mutuò accepiſſe, nec formula contineat exceptionem pacti aut doli, nihil aliud facere iudex poteſt, niſi vt Lucium Titiũ condemnet, quamuis videat non deeſſe æquitatem quæ pro eo faciat ſi pacti vel doli exceptio ſubiecta fuiſſet. Quod nos pluribus explicauimus *li.*15. *Coniect. inſt. ciuil.cap.*1. & attigimus aliis pleriſque locis. Sed & differentia magna eſt in præſtationibus, quoniam ex cõtractibus bonæ fidei præſtationes fiũt multò ampliores & vberiores quàm ex ſtrictis; Sic ferente ſcilicet natura contractuum & iudiciorum bonæ fidei, cùm ex contrario in ſtrictis nec ipſa bona fides aut æquitas patiatur vt tam amplæ & vberes præſtationes fiant. Quis.n. ferat pecuniæ ex ſtipulatu debitæ vſuras à die moræ tam facilè deberi quàm ſi depoſiti aut mandati iudicio peterentur? Aut tam fauorabiliter citra morã & ſtipulationem adiudicandas ex mutuo, quàm adiudicantur venditori ob non ſolutum pretium ab emptore qui rei venditæ fructus percepit? Hæc verò omnia cur tam variè? niſi quia actiones ex cauſſa depoſiti vel mandati, vel venditi competentes bonæ fidei ſunt, condictiones verò ex mutuo aut ex ſtipulatu ſunt ſtricti iuris. Cùm autem omnes hæ differentiæ & aliæ innumeræ huiuſmodi adhuc ſint in quotidiano vſu forenſi, ipſis etiam pragmaticis non reluctantibus, planè non video qua fronte poſſint illi dicere, contractus omnes hodie eſſe bonæ fidei, nullos ſtricti iuris. Nec ſanè poſſum facere quin mirer inſcitiam viri alioquin docti, & inter pragmaticos Gallos elegantiſſimi Ioannis Imberti, cui in inchiridio venit in mentem ſcribere non conuenire viro Chriſtiano credere alios hodie vllos eſſe contractus quàm qui bonæ fidei ſint, propterea quòd fraudem dolúmque omnem à contractibus noſtris abeſſe oporteat, vt Chriſtiani & nominemur & ſimus. Quaſi verò non perinde exoſam fraudem habuerint veteres iuris Romani conditores, quos videmus tot propoſitis edictis & cautionibus id vnum maximè egiſſe ne quis ex dolo ſuo lucrum ſentiret, neque ſua fraus cuiquam patrocinaretur. Non abſimiliter vir quidam magni nominis Vlpianum & Paulum incuſabat quòd ſcripſiſſent, ille in *l.in cauſſa* 16.§. *idem Pomponius D.de mino.* hic in *l. item ſi pretio* 22.§.1. *D.loc.* in emptione & venditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus ſe decipere in quantitate pretij aut penſionis: quaſi non idem ſcripturi fuerint ſi Chriſtiani fuiſſent. Nec animaduertebat vir minimè malus, iureconſultos iis locis non de ea deceptione ſenſiſſe quæ adnexum habeat dolum malum, vt apertiſſimè conſtat ex *l.& ideò* 23. *D.locat.* ſed de ſolertia illa, quam in contrahendo adhibere ſolent quotquot ſunt venditores, emptores, locatores, conductores, vt in eo tractatu qui hos contractus præcedit alter alterius conſenſum eliciat, quanto facere

poteſt commodo ſuo & lucro: Idque tam naturale eſt, id eſt à natura inſitum omnibus vendituris aut empturis, locaturis vel conducturis, ex natura quoque ipſa huiuſmodi contractuum, vt nec aliter hodie fiant venditiones & locationes inter Chriſtianos, more certè à noſtris moribus non improbato. Nec enim Chriſtiana religio prudentiam & ſolertiam ex hominum conſortio tollit, ſed tantum ne quid per fraudem dolóve malo fiat prohibet. Fuerũt veteres prudentes & iuris noſtri autores in iis quæ ad mores pertinent cum Chriſtiana religione prorſus conſentientes, & eius probitatis tuẽdæ, ſine qua ſocietas humana conſeruari nequeat, tam ſtudioſi & religioſi vt mirari quis perſæpe non immeritò poſſit tam impios & planè ethnicos homines tam piè locutos fuiſſe. Teſtis eſto, ne cæteras congeram, aurea illa Papiniani ſententia quæ extat in *l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. expor.* *Viro bono non conuenire credere venditoris intereſſe quòd animo ſauientis ſatisfactum non eſſet.* Ité illa quę in *l. ſeq.* in eundem ſenſum, licèt aliis verbis, *cùm beneficio adfici, hominẽ interſit hominis, enimuerò pœnæ non irrogatæ indignatio ſolã duritiam continet.* Quid enim potuit meliùs ſcribere, aut Chriſtiano homine dignius magnus ille Auguſtinus, qui cõmune gentium omniũ ius eſſe ſcripſit vt ament amicos, proprium verò Chriſtianorum, vt ament etiam inimicos, ſed hoc obiter & præter morem noſtrum, extra rem. Valeant igitur qui dicunt contractus omnes ſiue ciuili ſiue Pontificio iure, aut ex Chriſtianis moribus bonæ fidei cenſendos eſſe, nullos ſtricti iuris. Item qui ex eo inferunt conſtitutionem Impp. Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de reſcind. vendit.* quæ venditori immodicè læſo ſubuenit, producendam eſſe ad cæteros omnes contractus qui bonæ fidei ſunt, vt rurſum inferant, produci ergo debere ad eos etiam qui ſunt ſtricti iuris, adeóque ad tranſactiones, quaſi & ij quoque contractus qui ſtricti iuris ſunt, contractuum bonæ fidei iure cenſeantur, quomodo Imbertus in enchiridio, ineptè proculdubio & inſulsè argumentatur. Totam enim iuriſprudentiam peruerti neceſſe eſt, aut differentiam quæ olim fuit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, adhuc ſupereſſe.

ERROR II.

De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudicijs ineſſe creduntur.

REFVTATO pragmaticorum errore illo tam craſſo, quo defendunt eſſe hodie bonæ fidei contractus omnes, alius nobis refellendus nunc eſt, proximè accedens ad ſuperiorẽ, ſed tamen tantò dignior animaduerſione noſtra, quantò ſubtiliot eſt, nec pragmaticis tantùm, ſed doctiſſimis etiam pleriſque viris acceptior. Putant. n. exceptionẽ doli oppoſitam facere iudicium bonæ fidei quod antea fuerit ſtrictum ex *l. Seia 42. D. de don. cauſ. mort.* Itémque replicationes doli, quòd exceptiones ſint, bonæ fidei iudiciis ineſſe, ſicut & cæteras doli exceptiones ex *l. aduerſ. 3. Cod. de except.* Quod vtrumque placet *Iacobo Cuiacio lib. 3. obſer. cap. 17.* & *lib. 8. cap. 16.* Nos contra defendimus fieri nullo modo poſſe vt exceptio doli oppoſita faciat iudicium bonæ fidei quod prius fuit ſtricti iuris, aut vt replicationes doli inſint bonæ fidei

fidei iudiciis, quomodo insunt exceptiones. Vtrumque multis magnísque rationibus, quas nos tam latè & diligenter explicauimus *lib.* 14. *Conject. cap* 18. & 19. vt hic repetere nil sit necesse. Locum indicasse sufficiat, vnde haurire possint iuris studiosi, quibus operam nauamus, non solùm quid alij sentiant, sed etiam quid sentiendum nobis videatur. Est enim tractatus hic ex apicibus iuris, in quo nihil pragmaticos vidisse, minùs ideò mirandum est.

ERROR TERTIVS.

De actione de dolo, quæ bonæ fidei iudiciis inesse dicitur.

DE exceptionibus & replicationibus doli diximus quæ bonæ fidei iudiciis inesse existimantur. Dicendum nunc aliquid est de actione *De dolo.* Nam & hæc bonæ fidei iudiciis omnibus inesse creditur, & verum est: vt ex eo apparet, quòd illo etiam casu quo cessat actio *De dolo,* & competit subsidiaria in factũ temperanda propter honorem eius contra quem agitur, sic concipienda est actio vt bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11. *in fin. D. de dolo.* Sed tamen quomodo id accipiendũ sit non omnes intelligunt. Nam si quis putet posse iudicio bonæ fidei locum esse quoties actioni de dolo locus esse posset, is procul dubio errauerit. Fieri enim facilè potest vt iudicium bonæ fidei nullum supersit & tamen ob dolum in bonæ fidei contractu admissum de dolo agi oporteat. Vt puta si contractui iam satisfactum sit ex vtraque parte: & tamen dolus alterutrius contrahentium in contrahendo interuenerit. Finge dolo malo Titij persuasum te, non vt ei fundum venderes, sed vt vilissimo pretio venderes, nec tantùm venditionem subsecutam esse, sed etiam traditionem ex parte tua, pretij verò solutionem ex parte Titij; non potest actio venditi sufficere, imò nec tibi competere ad rescindendam venditionem, sed necessaria in integrum restitutio ex capite *De dolo,* quæ ipsa nihil aliud quàm prætoria de dolo actio est *l. dolus* 10. *C. de rescind vendit.* Quid ergo? Quandiu supersit iudicium bonæ fidei quod exerceri possit, neque actio de dolo, neque vlla in integrum restitutio necessaria est, sed sufficit actio ex bonæ fidei cõtractu ad dolum vindicandum, qui sensus est *l. si dolo* 5. *l. si voluntate* 8. *C. eod.* & eorum quæ nos scripsimus *Decade superiore in errorem primum.* Extincto verò iudicio quod fit cùm ex vtraque parte contractui satisfactum est, non alia ratio supersit doli vindicandi quàm si actio de dolo proponatur. Alioqui dicendũ esset nullo casu competituram in integrum restitutionem ex capite doli vel metus aduersus bonæ fidei contractũ, quod tamen apertissimè falsum est, & plerisq; legibus quæ sunt sub titulis *De eo quod met. caus.* & *De dolo D. & C.* ex diametro cõtrariũ. Rursus si quis dicat quod ab omnibus dici audio, actionẽ de dolo cõpetere non posse quoties actio alia, præsertim quę bonę fidei sit, cõpetere potest, is certè meo iudicio malè sentiet. Obstabit. n. perquàm euidens lex *prima C. de dolo.* in cuius specie, id est, cùm fideiussor à creditore pignora emit, & oblata quantitate sortis & vsurarũ dominiũ cũ fructibus restituere recusauit, nemo dubitat quin mandati actio quę bonę fidei est, cõtra ipsum in eam rem competat. *l. si mandatu* 59. § 1. *D. mandat.* Et tamen quia fidem rumpit debitori pro quo soluit, & cuius nomine pignora sibi reddi, non vendi curare debuerat, posse cõtra eum agi de dolo, scriptum est in *d. l. 4. C. de*

dolo. Quam legem etsi scio à *Ioanne Azone* & *Accursio*, quos *Iacobus Cuiacius* secutus est *li. 3. obser. cap. 37*. acceptã esse de actione mandati quæ propter dolum competat, mihi tamen durius id videtur quàm vt possit admitti. Nam vt prætermittam rationẽ illam quæ ex rubrica ipsa sumi potest, quia negat *Cuiacius* sub eo titulo collocari debuisse, quis obsecro vnquam dixit actionem De dolo pro actione mandati quæ ob dolũ competat? Nam & si dolus nullus intercedat, mandati plerunque agi potest, propriúmque ius est depositarij vt non nisi ex dolo conueniri possit. Deinde cùm legis ratio sic concepta sit *ne fidei ruptæ gratia possit de dolo actio exerceri*, si verba illa *de dolo* intelligas quomodo illi intelligũt *doli nomine*, An nõ perinde insulsa fuerit ratio acsi scriptũ esset *ne fidei ruptæ gratia doli nomine possit actio exerceri*? Nã quid aliud significãt verba illa *fidei ruptæ gratia* nisi hoc ipsum *doli nomine*, nisi fortè quis putat perfidiam (sic enim appellat Vlpianus in *l furti 6. §. vlt. de his qui notãt. infam.*) posse esse sine dolo? Nec simile est quod *Cuiacius* adducit ex *l. si seruus 11. D. de euict.* quasi eo loco Vlpianus cùm scripsit *de dolo malo agi poterit si dolus interceſſerit*, de actione ex empto senserit quæ danda sit ratione doli. Etsi enim admitterẽ, quod nego, posse eo sensu donari Vlpianum, tamen cõsequẽs non esset eandem interpretationem Imperatoribus conuenire. Nihil enim erat apud Vlpianum ex quo posset colligi venditorem doli nomine teneri debere, itaque nihil in ea interpretatione insulsi est, aut incommodi, si ea verba *de dolo* interpretemur *ob dolum*. Sed nego sic Vlpianum intelligi posse. Nam si seruus venditus traditus sit emptori, & decesserit antequã euinceretur, puto non solùm stipulationẽ duplæ nõ cõmitti, vt apertè Vlpianus scribit, quia nemo eum euincit, sed fatum humanæ sortis, at neque ex empto teneri quamuis dolo malo, id est sciens alienum vẽdiderit. Nihil enim ob eam causſam abest emptori, cùm etsi seruus ille venditoris fuisset, perinde decessisset. Scio non esse nouum vt deficiente actione ex stipulatu duplæ, agi possit ex empto, quia hæc plenior est, nec certas vllas habet conditiones *l. non tamen 24. l. si ei eus 41. in princip. & §. 1. D. eod.* neque rursum ignoro tum maximè cùm dolus venditoris interceſſit, ex empto eum teneri *l. ex empto 11. & paſſ. D. de action. emp.* secũdũ id quod iam diximus actionem de dolo bonę fidei iudicijs inesse: sed dico tum id fieri cùm aut res nondum tradita, aut cùm post traditionem euicta est, aut cùm ex alia causſa emptor rem habere videtur, puta quòd litis æstimationem exsoluerit, aut ex legati causſa alio denique quàm emptionis iure rem habere cœperit, non etiam cùm res fato suo periit post traditionem ante euictionem. Nihil enim tum supereſt propter quod iudicium ex empto supereſſe debere videatur. Sed tamen quia æquum non est impunitum manere dolum vẽditoris, qui sciens & decipiendi emptoris gratia seruum alienum vendidit, nulla ratio est cur non de dolo teneatur. Et hoc etiam conuenit ei quod modò dicebamus, non semper iudicium bonæ fidei posse esse pro actione de dolo, sed tum duntaxat cùm aliquid supereſt præstandum ex contractu, propter quod iudicium bonæ fidei exerceri adhuc possit. Vnum est quod & veteres, & recentiores interpretes omnes fefellit, vt in *d. l. 1. C. de dolo* non putauerint dari posse actionem de dolo, id nimirum quod *in l. seq. scriptum est*, De *dolo* actionem ita demum permitti causſa cognita, si alia actio non sit. Nã cùm in proposita specie dubitari non possit quin mandati actio competat, vt Paulus scripsit in *d. l. si mandatu 59. §. 1. D. mandat.* consequens omnino videtur actionem de dolo concedi nullomodo debere. Sed inuestigare & animaduertere de-

rere debuerunt qua ratione factum sit à prætore, vt hanc de dolo actionem ita polliceatur si alia actio non sit, rationem Vlpianus docet in *l.1.§.ait prætor D.eod.quoniam*, inquit *famosa actio non temerè debuit à prætore decerni si sit ciuilis vel honoraria qua actor possit experiri.* Ergo si alia quàm de dolo actio competit æquè sit famosa, nihil caussæ est cur non æquè facilè prætor actionem de dolo concedere debeat, cùm non magis eius qui conuenitur, quàm actoris interfit hoc casu vtra actio proponatur. Atqui actio mandati directa quæ debitori competit aduersus fideiussorem, perinde atque actio ipsa de dolo infamiam irrogat condemnato *l.1. l. furti* 6. *§.mandati.* D. *de his qui notant infam* quoniam in directa actione mandati, & aliis huiusmodi bonæ fidei actionibus directis agitur de fide rupta *l.ei apud quem 5.in princip.* D. *depositi.l.ad comparandas* 16. *C.mandat* id est, vt idem Vlpianus loquitur in *d.l. furti §.vlt.de perfidia.* quæ nihil nisi insignis dolus est. Non quidem in omnibus vt *Cuiacius* sentire videtur, sed in iis tantùm actionibus quas Prætor expressit verbis edicti *De his qui notant.infam.* id est Pro socio, tutelæ, mandati, depositi. *l.1.* D. *eod.ill.tit.* Quamquam enim etiam is qui vendidit, nec rem tradit, fidem rumpere dicitur in *l. non videbitur* 35. D. *ff.ratulib.* dici tamen non potest contra eum agi de fide rupta, ex empto, nec similiter ex vendito contra emptorem qui in soluendo pretio rei venditæ & traditæ moram facit. Ob idque nec in his actionibus empti & venditi iuratur in litem, vt probauimus *lib.6.Coniect.iur.ciuil. cap.*17. cùm tamen in actionibus omnibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuretur, quemadmodum non obscurè Vlp. tractat in *d l.ei apud quem.* Directas enim hic intelligimus ad differentiam contrariarum, in quibus nec de fide rupta agitur, nec consequenter de irroganda infamia, sed tãtùm de calculo, vt ait *d.l.furti §.vlt.& l.Sabinus* 29. *D. de dolo.* Etsi non ex directis omnibus irrogatur infamia, licèt in omnibus agatur de fide rupta & ideò iuretur etiam in litem, vt puta in directa cõmodati, & pignoratitia, & aliis si quæ sunt similes, quatuor enim illæ, quas prætor expressit, habent nescio quid eminentioris perfidiæ ex parte eius qui fidem rumpit. Actiones autem venditi & empti sunt æquè directæ, neutra contraria: igitur vt ad mandati actionem de qua agimus, redeamus, cùm sit illa ex earum numero quæ infamant, non potest dici cur debeat impedire actionẽ de dolo aduersus eum qui non modò dolosè, sed etiam perfidè egit. Tantóque minus habet fideiussor quod conqueratur in specie *d. l.* 1. *C. de dolo*, quòd lex non ponit dari rectà actionem de dolo contra fideiussorem, sed tum demum cùm interpellatus vt accepta sorte cũ vsuris fundum cum fructibus redderet, recusauit. Quo casu sanè apertior & odiosior dolus est, omnimodo per actionem famosam, quæcumque tandem illa sit, vendicandus, quia fideiussor in omni contractu qui ex caussa fideiussionis pendeat, bonam fidem præstare debet *d.l. si mandatu* 59. *§.1. mandat.* Non enim extranei emptoris loco substitutus videtur, sed eius qui pignora accepit vt scriptum est in *l. Paulus respondit* 59. D. *de fideiuss.* De quo tamen sequenti capite paullò latiùs nobis differendum est. Consequenter non fuit cur Triboniano succensere Cuiacius debuerit quòd ea lex prima posita sit sub titulo De dolo, quasi debuerit potiùs collocari sub titulo mãdati, ad quam sanè nihil pertinet cùm debitor aduersus fideiussorem mauult agere De dolo quàm mandati.

ERROR QVARTVS.

De fideiussore qui pignora debitoris emit à creditore.

POSTVLAT vtilitas huius quæstionis vt à nobis tota res diligentiùs exponatur, præsertim verò quia pertinet ad interpretationem legis primæ *C. de dolo*, de qua proximo capite dicere cœpimus. Verba legis hæc sunt, *si fideiussor à creditore pignora emerit, oblata quantitate sortis & vsurarum, tibi dominiũ cũ fructibus quos bona fide percepit, cõsultius restituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri.* Eadem species est quam Paulus tractat in *l. si mandatu 59. §. 1. D. mandat.* Idémque ius nisi quòd mandati actionem Paulus dat contra fideiussorem, Imperatores verò de dolo. Sed non sunt hæc contraria, quoniam in debitoris eiusdémque actoris electione & arbitrio est vtra malit experiri, cùm vtraque sit eiusdem potestatis, eundémque effectum habeat, etiam quod ad infamiam irrogandam: vt in superioribus disputauimus. Vtriusque verò loci ratio ex eodem Paulo traditur *l. Paulus respondit 59. De fideiuss.* quia fideiussor in quem pignora debitoris trãslata sunt, siue à cõfideiussoribus, siue à creditore non emptoris extranei loco substitutus videri debet, sed eius qui pignora accepit, ideóque, inquit, rationem haberi oportet, & fructuum & vsurarum, ita scilicet vt condemnetur fideiussor debitori ad fructus omnes à se perceptos restituendos, vicissim verò debitor fideiussori ad præstandas vsuras pecuniæ quam is pro liberandis pignoribus impendit. Nec est contrarium quod Marcianus scribit in *l. cùm secundus 5. §. 1. D. de distract. pignor.* fideiussorem hoc casu pignora iure emptionis tenuisse videri: Nam cùm re vera emerit, negari non potest quin tenuerit iure emptionis, sed tamen quia emit contra bonam fidem, non alio quàm malæ fidei emptionis iure censeri potest si emptionem obiicere velit debitori. Ideóque lex ne quicquam ab eo mala fide gestum suspicetur, mauult de eo sic sentire quasi pignora emerit liberandorũ duntaxat eorum gratia, non etiam sui negotij gerendi caussa, ac proinde eo animo, vt in creditoris duntaxat, aut confideiussorum iura succederet, non vt sibi quicquam iuris proprij aduersus debitorem compararet. Alioqui non posse huiusmodi emptionem fieri bona fide, Paulus disertè docet in *d. l. si mandatu* §. 1. vbi posteaquàm respondit fideiussorem hunc pignora cum fructibus restituere cogendum, neque extraneo emptori similem habendum esse, rationem statim reddit *cùm in omni cõtractu bonam fidem præstare debeat.* In omni, scilicet contractu qui ex caussa fideiussionis pendeat, in ea siquidem fideiussor est veluti procurator debitoris, nec proinde ex re debitoris lucrum vllum captare debet occasione suscepti mandati, siue ratione fructuum, siue qua alia in re *l. idémque 10. §. idem Labeo ait. D. mandat.* Atqui contractus hic emptionis quo de agimus, pendet ex caussa fideiussionis. Potuit enim fideiussor vrgeri ad solutionem debiti pro debitore, non alio vtique iure quàm quia fideiusserat: solutione autem facta, non solùm liberatus fuit debitor, sed etiam per consequentias, pignora quæ proinde curare debuerat fideiussor sibi reddi, non vendi, mox contraria mandati actione totum debitum cum vsuris, & legitimis accessionibus

nibus à debitore repetiturus. Hæc cùm ita ſint, miror non fuiſſe animadverſum mendum quod eſt in *d.l. C. de dolo* in illis verbis *cum fructibus quos bona fide percepit*, in quibus manifeſtum eſt deeſſe negationem, legendúmque *quos non bona fide percepit*. quod & ſequens eiuſdem legis ratio euidentiùs indicat *ne fidei rupta gratia de dolo poſſit actio exerceri*. Quis enim bona fide perceptos fructus dicat qui percepti ſint rupta fide, & quos reſtitui oporteat per actionem de dolo? Nam quòd eos percepit titulo emptionis, facere non poteſt, vt bona fide percepiſſe videatur, cùm ob hoc ipſum quod emit rem debitoris, cuius erat in ea ipſa re procurator, perfidè egerit & malam fidem pro bona præſtiterit. Etſi non inficior poſſe fieri beneficio & iure reſtitutionis in integrum, vt eos quoque fructus qui bona fide percepti ſunt cùm re ipſa reſtitui ſit neceſſe, quia bona fides inducit duntaxat ius acquirendorum fructuum, non etiam retinendorum, vt à nobis diſputatum eſt *lib.3. Coniectur. iur. ciuil. cap.17*. Sed nego poſſe id contingere in ea reſtitutione quæ conceditur ex capite edicti De dolo, quia cùm non detur niſi contra eum ipſum qui dolum admiſit, fieri certè non poteſt, vt qui dolo malo rem nactus eſt, videri debeat poſſeſſor bonæ fidei quod ad fructus. Poſſeſſorem enim bonæ fidei cùm dicimus, non fructuum, ſed ipſius fundi ex quo fructus percipiuntur poſſeſſorem ſignificamus. Vtcunque ſit, apparet in ea ſpecie quam nos tractamus, condemnandum eſſe fideiuſſorem ſiue iudicio mandati, ſiue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit reſtituat ſimul cum fundo, viciſſimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequatur. Et tamen non poſſunt pragmatici ſibi perſuadere tam facilè & indiſtinctè id eſſe recipiendum. Diſtinguunt enim an debitum à fideiuſſore perſolutum ſimplex fuerit an vſurarium: & quod lex ait fructus eſſe reſtituendos, non aliter admittunt, quàm ſi ſimplex debitum fuerit, non etiam ſi vſurarium. Eiúſque diſtinctionis autorem laudant *Carolum Molineum* virum ſanè magno ingenio, nec ad iuriſprudentiam malè natum, ſi opiniones ſuas ex iuris ratione, non iuris rationem prudentúmque ſententias ex opinione ſua æſtimare didiciſſet. Is in libro illo quem de vſuris conſcripſit, primus, quod ſciam, docuit diſtinctionem hanc inter debitum, quod vocat ſimplex & vſurarium, nec dubitat quin fideiuſſor ſuos fructus facere debeat quos percepit ex re pignorata: quaſi id fiat nullo incommodo & damno debitoris, qui æquè fructus illos amiſſurus erat ſi à creditore percepti fuiſſent. Mouetur autem ex eo præcipuè quòd quamuis lex neget habendum eum loco extranei emptoris, fatetur tamen ſuccedere ipſum in ius creditoris. Quod ſi ita eſt, conſequens videtur, vt quemadmodũ creditor eos fructus in vicem vſurarum lucrifeciſſet (debitum enim vſurarium intelligit cuius nomine contracta fuerit antichreſis, de quo ſeq. cap. dicemus.) ita & fideiuſſor qui creditori ſoluit & in eius iura ſucceſſit, lucrari eos debeat. Quæ ratiocinatio, niſi me fallo, ſubdola & incongrua eſt. Nam quod prudentibus placet fideiuſſorem hunc in locũ creditoris potiùs quàm extranei emptoris ſubſtitutũ videri, eò tantùm pertinet vt fideiuſſori offerri poſſit, quemadmodum creditori offerri poſſet ſi poſſideret, nõ itẽ extraneo emptori. Cęterùm nõ vſque adeò in ius & locũ creditoris ſucceſſiſſe credendus eſt, vt fructuũ lucrũ ſperare poſſit, quod habuiſſet creditor ſi pignora retinuiſſet. Neque.n. id fieri poſſet ex bona fide, quæ ſcilicet non patitur vt lucretur quicquam fideiuſſor ex re debitoris ob mãdatum à ſe ſuſceptum, quippe quod gratuitum fuit, vt eſſe debuit. Ita-

Digitized by Google

que non poteſt eſſe bona collectio à creditore fœneratitio ad fideiuſſorem liberaliter amici & procuratoris officium exequentem. Na ex contractu quantumcunque ſimplex debitum fuerit, id eſt etiamſi ponas expreſſim conueniſſe inter debitorem & creditorē, vt neque vſuras vllas creditor petere, neque fructus pignoris in vicem vſurarum retinere poſſet, tamen conſtat fideiuſſori vſuras deberi eius pecuniæ quam pro debitore ſoluerit creditori, ne alioqui in damno moretur, cùm ex tēpore ſolutionis pecunia illa ei abſit ex cauſſa mādati, & æquitas iudicij bonæ fidei poſtulet, vt vſurarū rationem ex parte eius cui pecunia debetur, omnimodo haberi oporteat. Sicut igitur in eo melioris cōditionis eſt fideiuſſor quàm creditor, in cuius locū fideiuſſor ſucceſſit, ita & deterioris in eo eſſe debet quod fructus nullos ex re debitoris ſibi acquirere poteſt, ne eos quidem quos creditor ſibi fuerat acquiſiturus. Eadem enim fructuum & vſurarum ratio ferè ſemper conſtituitur in omnibus bonę fidei iudiciis *l. vſuræ* 34. D. *de vſur.* ptęſertim verò in iudicio mandati *d. l. idémque* 10. §. *idem Labeo.* D. *mandat. d. l. Paulus reſpōdit* 59. D. *de fideiuſſ.* & quemadmodum indemnem fideiuſſorē debitor præſtare cogitur, non ſolùm ratione ſortis, ſed etiam vſurarū, licèt debitum ſimplex fuerit, vt & Molineus ipſe fatetur, ita viciſſim fideiuſſor indemnem debeat præſtare debitorem, non tantùm pignorū nomine quę redemit à creditore aut à cōfideiuſſoribus, ſed etiam rationē fructuū quos ipſe ex pignoribus redemptis perceperit. Quod vtrumque apertiſſimè expreſſum eſt in *d. l.* 1. c. *de dolo*, aliiſq; ſupradictis quæ volunt offerendum eſſe debitū fideiuſſori cum vſuris, & retrò pignora debitori cum fructibus, nulla diſtinctione adhibita ſimplēne an vſurariū debitū fuerit. Sed & in eo Molineus labitur quòd ſimplex debitum intelligit cuius nomine antichreſis expreſſim cōtracta nō eſt, nec animaduertit tacitè cōtractā eam intelligi tū etia cùm gratuita pecunia ſint, ſi modò pignora data ſint ex quibus percipi fructus potuerint, nec in contrariū conuenerit, vt ex iis fructibus ad legitimū vſque modum vſurarū nihil retinere creditor poſſet. Poteſt enim creditor eo caſu fructus retinere non quidem omnes, ſed ad eum ſaltem modū quem legitimæ vſuræ patiuntur, quam antichreſi tacitè contracta *l. cùm debitor* 8. D. *in quib. cauſ. pig. vel hypo. tacit. contr.* Quod ipſum tamē, quia obſcurius eſt, & à pragmaticorum quoque ſenſu alienum, quale & cuiuſmodi ſit paullò fuſiùs ſequenti capite tractandum eſt.

ERROR QVINTVS.

De antichreſi tacita, & fructibus pignoris in ſortem imputandis.

CVM debitor gratuita pecunia vtitur, poteſt creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad legitimū vſque modū vſuras retinere, inquit *lex cùm debitor* 8. D. *in quib. cauſ. pig. vel hypoth. tacit. contr.* In qua tamen illud mirum nec facilis explicationis eſſe videtur, quod ponit pecuniā gratuitā eſſe, nec eo minùs tamē facultatem creditori dat fructuū retinendorum vſque ad finem legitimarum vſurarum. Nam ſi pecunia gratuita eſt, vſurę nullę debentur: nec proinde fructus vlli aut percipi aut retineri poſſunt in vicem vſurarum, & conſequenter imputandi videntur in ſortem, vt eam extenuent. Illud etiam auget

auget dubitatio nem, quòd cùm inter debitorem & creditorem conuenit vt pignoris fructus cedant lucro creditoris loco vsurarum, nec in sortem imputetur, speciale id contractus genus est, quod prudentes nostri græco vocabulo ἀντίχρησιν appellant, de quam *l. si is qui* 11. §. *si antichresis* D. *de pignor.* vbi suauiter & facetè Bartolus post Accursium idiomatis Græci grauitate antiphonam pro antichresi legit, & nescio quid de duplici decreto commentus, quid antiphona sit ex psalmorum primordus interpretatur. Conuentionem igitur interuenire necesse est vt antichresis contracta videatur, alioqui nihil distaret species à genere si vbicumque datum pignus esset antichresis quoque contracta dici posset. Itaque propter has rationes putarunt plerique corruptum esse Pauli contextum, & inter cæteros *Franciscus Hotomannus* quo in legibus interpretandis & emendandis *non infelicior alter*, ausus est adfirmare in obseruationum suarum libris deesse negationem in primis verbis eáque addita legendum *cùm debitor non gratuita pecunia vtatur.* Iacobus Cuiacius cuius eruditione difficiliorum iuris locorum interpretationes pleraſque certissimas debemus, multò feliciùs suo more & preclariùs obseruauit *libro* 8. *obseruat. capite* 17. longè aliam & elegantiorem esse loci illius sententiam quàm antea crederetur, sumptáque coniectura ex titulo sub quo lex collocata est, primus animaduertit tractari ea lege de antichresi tacita quæ fraudi dubiè inter debitorem & creditorem contracta intelligitur, quoties pro debito tale pignus datur ex quo fructus aliquis percipi possit, etiamsi nihil de vsuris præstandis aut de fructibus in vicem vsurarum percipiendis conuenerit. Nam, vt ille ait, gratuita pecunia dicitur non illa solùm de qua conuenit vt gratuita esset, sed illa etiam de qua non conuenit vt sit sub vsuris, licèt debitor quasi ad ἀντίδοσιν obligatus, pignus tradendo, tacitè consentiat, vt in vicem vsurarum creditor fructus percipiat. An igitur nihil interierit, vtrum pignus simpliciter detur, an antichresis contrahatur? Imò quàm maximè interierit, quoniam, inquit *Cuiacius*, antichresis tacita seruat legitimum modum vsurarum, expressa non seruat. Nam si fundus mihi in antichresim datus sit, licet ex eius fructibus percepero longè plus quàm ferat legitimus modus vsurarum, nihil tamen restituere debebo: quia sic conuentum fuit *l. si ea pactione* 14. *C. de vsur.* Sed si antichresis contracta non esset, eatenus tantùm retinere possem, quatenus per legitimas vsuras liceret, reliquum omnimodo restitui oporteret. Et differentiæ ratio quam *Cuiacius* non reddit, illa satis euidens est, quòd creditor qui ex debitoris voluntate & conuentione expressa fructus sibi percipit, ius habeat quæsitum sibi ex proprio contractu, nec aliter fuerit contracturus. Nec enim est, quod ei inuideat debitor si pluris sint fructus quàm vsuræ legitimæ, quando etsi minus aut nihil ex fructibus prouenisset, nihil tamen aliud pro vsuris petere creditori posset, qui tamen alioqui gratuitam pecuniam non erat crediturus. At cùm nulla conuentio præcedit, sicut non habet debitor quod conqueratur, creditore ad legitimum vsque modum vsurarum fructus pignoris retinente, quia tacitam suam volũtatem in id accõmodasse creditur, cùm si alio erat animo, protestari debuerat nolle se ex pignoris sui fructibus quicquã sibi decedere. Ita æqui bonique consulere debet creditor, si in locum vsurarũ pecuniæ quam gratuitã esse volebat, permittatur sibi retinere ex fructibus quantum satis est ad legitimas vsuras complendas, sibique imputare debet si am-

pliores fructus consequi volebat, cur non melius sibi prospexerit per antichresim expressam. Egone, inquies, valebit antichresis expressa quæ facta sit in fraudem vsurarum? Nam si non seruat illa modum legitimum vsurarum, consequens videtur, vt in earum etiam fraudem facilè fiat, in eóque solo à tacita antichresi differat. Hic verò nodus est quem dissoluere vir doctissimus debuit, nec dissoluit. Dicendum est fructus qui expressa antichresi constituta percipiuntur à creditore expignore, non percipi tanquam vsuras, sed, quod est longè dissimile in vicem & locum vsurarum. Si percipe-rentur tanquam vsuræ, nulla ratione fieri posset vt excederent legitimum modum: ne alioqui facile esset huiusmodi commento fraudem facere legi & constitutionibus, quæ vsuris certum modum præstituerunt. Sed quia percipiuntur loco vsurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, siue euentum spectes, siue æstimationem, nihil fit contra leges, etiamsi longè plus sit quod ex fructibus redigitur, quàm sint legitimæ vsuræ, quia potuit & minus esse, & interdum etiam fortasse nihil. Eáque & euentus & æstimationis fructuum incertitudo tollit omnem fraudis suspicionem, sicut & pleraque alia extorquet multa etiam, vt ita dixerim, iuris rationes, quæ le illud est inter cætera, quod frumenti vel, hordei, vel olei tantùm dari accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt quæ in pecunia non nisi ex stipulatione præstantur *leg. frumenti* 10. *lege oleo. vigesimotertio. in fin. lege certum, Cod. de vsur.* Idque nimirum est quod ait *dicta lex si ea pactione* 14. *Codice eodem*, hoc casu quo expressa antichresis contracta est domo pignori data, ex cuius locatione potuerit creditor, si eam alij locasset, multò plus redigere quàm vsurarum iustus modus patiatur, nihil tamen debere creditorem restituere, aut in sortem imputare, quia non tam illicitum fœnus contractum, quàm vilis facta locatio videatur. Sensus est, antichresim pignus quidem esse, sed non vsurarium, vt vulgò putant, at quod potius in aliud contractus genus transeat, locationi simillimum, quali eo fundo qui pignori datus fuit locato creditori & quidem viliori mercede, ad fructus ex eo percipiendos & lucrifaciendos non vsurarum iure, vt diximus, sed ob id duntaxat quod non aliter fuerit creditor gratuitam pecuniam & sine vsuris daturus. Antichresis facit vt neque gratuita dici possit pecunia, neque rursum vsurata, sed medio quodam nomine, non gratuita, quæ tamen fieri potest vt nullum commodum adferat creditori si forte fructus omnes grandine percussi, aut per lasciuiam prætereuntis exercitus ablati, aliove quo casu & vi maiore amissi proponantur. Neque enim locatio hæc similis est cæteris in quibus ob has causas aliasve similes retinitio mercedis iuste postulatur. Habent enim cætera mercedem certam, eámque ex fructuum qui sperari posse videntur, comparatione constitutam, vt proinde mirum non sit si pro damno quod fructibus immodicum contigit, remissio indulgeatur. Hæc verò quæ per antichresim contracta intelligitur, certam mercedem nullam habet, neque fit ex comparatione aut fructuum percipiendorum, aut vsurarum quæ pro pecunia deberi possent, sed illa tantùm ratione quòd creditor tanti æstimauerit pecunia sua carere, quanti esset illud quod ex incerto fructuum euentu redigi posset. Denique spes ipsa hoc casu æstimatur, quæ tamen nullam ex se habet certam æstimationem, sed eam demum quam quisque pro arbitrio constituerit. Quò autem prudentior quisque est, eò

minoris

minoris spem æstimare solet. Stultorum enim est sperata pro præsentibus & & exploratis habere. Prudentibus verò spes plerumque nihil aliud est, quàm paullò plus quàm nihil. Quæ quanquam ita sunt, videtur tamen mihi *Iacobus Cuiacius* nimis generaliter & indistincte locutus, cùm dixit antichresim expressam non seruare iustum modum vsurarum. Nam imò verò fieri potest vt seruare debeat, scilicet si fructuum æstimatio certa sit & taxata, siue taxatio illa mutuâ debitoris & creditoris conuentione facta fuerit, siue per locationem ab eodem creditore alij factam. Cùm enim sola incertitudinis ratio conuentionem hanc tueatur, ne quicquam in fraudem vsurarum & constitutionum excogitatum dici possit, planè consentaneum est, vt si quo modo creditor certum sibi redditum ex fructibus comparet, offendat in legem quatenus is redditus legitimas vsuras superabit. Quod tam aperte expressum est in *d.l.si ea pactione 14. C. de vsur.* vt nullius dubitationi locus relinquatur. Si enim fundus creditori datus pignori in antichresim ab eo deinde alij locatus sit, licèt antichresis expressa fuerit, vsque adeò tamen seruabit modum vsurarum, vt quod supra eum modum creditor ex sua locatione exegerit debitoris sui lucro debeat imputare. Quod secus esset, si ille ipso eo fundo, ita vti conuenerat, per se non per alium vsus fuisset. Quamquam hoc ipsum ita accipiendum esse puto si iusta fuerit merces illa quam creditor ex locatione est consecutus. Nam si ex stultitia conductoris plus perceperit quàm iustæ mercedis ratio ferebat, vix est vt debitori prodesse debeat quod ex alterius quàm ex debitoris damno & incommodo ad creditorem peruenit. Ex his verò apparet quàm egregiè pragmatici fallantur qui antichresim tacitam nullam agnoscentes, existimant cogendum esse creditorem, vt fructus omnes quoscunque ex pignore percepit, imputet sibi in sortem, licèt non excedat legitimum modum vsurarum: quod aperte pugnat cum *dicta lege cum debitor 8. in quibus causs. pignus vel hypotheca tacit. contrah.* Possunt autem quæ diximus ad id etiam accommodari, quod nos Decade superiore probauimus, Locationem prædij siue vrbani, siue rustici rescindi non posse ex caussa quantumlibet immodicæ læsionis. Nam si fructus incerti & futuri certam haberent æstimationem, diiudicandum non ex eo quod tanti fundus locatus sit, sed ex eo quod pluris locari alteri potuisset, vtique non valeret antichresis, quatenus fructus vsuras legitimas excederent in specie *d.l.si ea pactione*: nunquam enim lex faciet pactioni per quam legitimis vsuris fraus fiat. Sed quia rei quæ non extat nulla potest certa iniri æstimatio, nec si ea aliquando extitit, multò minus verò si nunquam, *alias 9. D. de in lit. sur.* Inde fit vt antichresis licita sit etiam in prædio vrbano (cuius fructus qui ex vsu ipso percipitur certior est quàm prædij rustici) præterquam vno illo casu quo velit creditor eum sibi certum facere, & ad eum modum redigere quem certum sit fore supra iustum modum vsurarum. Eadem igitur ratio facere debet, vt locatio propter solam immodicam læsionem rescindi nó debeat, quia lesionem probari oporteret quę talis tantaque fuisset ipso contractus tempore inspecto, qualis tamen, vt dixi, nulla probari nec esse potest: satisque consultū est conductori, quòd si damnū aliquod improuisum casu & vi maiore ex conductione tulerit, remissionem mercedis impetrare potest: creditor verò, vt ita dicam, antichreticus, non similiter pecunias siue vsuras vsque ad modum legitimum petere potest.

si fortè damnum quod in fructibus passus est tale tantúmque fuerit, vt ex iis quos percepit legitimarum vsurarum modus confici non possit.

ERROR SEXTVS.

De differentia pignoris & hypothecæ in tacita antichresi constituenda.

QVOD in *l.* 4. §. 1. D. *de pignor.* scriptum est inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonũ differre, non bene à pragmaticis acceptum est, qui tam generaliter id intelligunt, vt nõ solùm pignoris & hypothecæ nominibus promiscuè passim abutantur, sed etiam pignorum & hypothecarũ iura confundant, acsi nihil prorsus inter ipsa distaret. Fateor quod ad formulã & potestatem actionis hypothecariæ pertinet, nihil pignus ab hypotheca differre, qui supradicti loci sensus est, desumpti, vt inscriptio legis docet, ex Marciani libro singulari ad formulã hypothecariam. Sed in cæteris, nõ modò si partitè loqui velis, verùm etiam si vim & effectũ rerum consideres, multùm interest an pignus contractu sit an hypotheca. Taceo differentiam illã quę à Iurecõsulto tradita est in *l. si rem* 9. §. *proprie* D. *de pignor. act.* quòd pignus propriè est rei mobilis, quam quis in manu & ad manum habere possit, quasi dictum à pugno. Hypotheca verò rei immobilis. Scio ipsis prudentibus & iuris nostri autoribus differentiam hanc non adeò placuisse, vt non sæpissimè illi ipsi pignus in fundo constitui dicant, & fundum oppignoratum, aiũt quod idem est pignoris vinculo, & iure obligatum. Etsi enim pignorum originem à rebus mobilibus cœpisse credibile est, vsus tamen eiusmodi vt in immobilibus quoque idem ius constitui necesse fuerit. Sed illa tamen differentia manet, quæ præcipui momenti, quòd pignus non nisi rei traditione perficitur, hypotheca verò nudo consensu. Est enim obligatio pignoris non etiam hypothecæ, ex earum numero, quæ re contrahuntur. Hinc verò fit, vt plus iuris habeat creditor pignoratitius, quàm hypothecarius, in pignoris fructibus commodo & lucro suo percipiendis. Nam cùm non tantùm pignoris ius & vinculum habeat in re ipsa, sed etiam rei possessionem, traditam sibi à debitore, videtur habere ius quoque percipiendorum fructuum pignoris ex ipsius debitoris voluntate: ideoque nec mirum est si quasi tacita antichresi contracta possit ille ex fructibus sibi retinere ad legitimum vsque modum vsurarũ. Intercedens enim factum debitoris in pignore tradendo, coniecturam præbet voluntatis, quòd sicuti creditor mutuam & gratuitã pecuniam dando nullas à debitore ob vsum eius pecuniæ vsuras exposcit, ita viciſſim debitor pignus tradẽs creditori, nec de fructibus quicquã paciscens cõsentire videtur, vt liber sit creditori & impunitus vsus pignoris, siue is vsus in fructuũ perceptione cõsistat, vt euenit rustico prędio oppignorato, siue in sola habitatione, vt in prædiis vrbanis. Ius enim percipiendorum fructuũ sequi solet ius translatæ possessionis, & quisquis possessionẽ rei suæ tradit, hoc ipso cõsentit vt fructus percipiat creditor cui tradit, id est, vt creditor vtatur gratuito pignore debitoris, sicut debitor vtitur gratuita pecunia creditoris. Et ob id mirum nulla lex est quæ creditorem qui ex pignore fructus percepit obliget ad restitutionem fructuum, quasi nullo iure ex re

aliena

aliena perceptorum nisi quatenus excederent sortem: Nam vsque ad eā sortis quantitatem imputantur in sortem etiam multo debitore, & sortem extenuant, in eo scilicet quod excedunt legitimum modum vsurarum. Quemadmodum enim si debitum vsuratum fuit, fructus pignoris imputantur primùm in vsuras, deinde in sortem, ita & cùm pecunia fuit gratuita, prius est vt fructus à creditore percepti lucro creditoris cedant ad cōcurrentem vsque quantitatem legitimarum vsurarum, quàm vt sorti extenuandæ prosint: aliquin eueniret vt traditio creditoris commodo facta quò melius sibi cautum haberet, ipsius damno & incommodo cederet si fructus omnes ex pignore tradito perceptos in sortem sibi imputare cogeretur. Nemo enim nescit quàm creditoribus incommoda & dispendiosa sit solutio illa quæ fit per partes, sed ea præsertim quæ fit per fructuum perceptionem, aut vt melius dicam, consumptionem. Vix namque est vt diligentissimo quoque patrifamilias non id accidat vti fructuum cōsumptio statim aliqua saltem ex parte perceptionem non sequatur. Planè pro ea parte fructuum quæ legitimas vsuras extedit, non potest videri creditor pignoratitius adeò ex voluntate debitoris fructus percipere, vt eos facere suos possit, & præciputos, id est citra omnis imputationis: quia nec quidem creditoris pignus accipientis voluntas illa fuisse videri potest, vt pro pecunia gratuita plus commodi perciperet ex re debitoris, quàm si sub vsuris pecuniā credidisset: Quo tamen casu, non nisi ad licitum vsque modum vsuras stipulari & percipere potuisset. Nec enim iuuat ratio quæ fauet creditori expressam antichresim habenti, vt etiamsi ampliores fructus perceperit, quàm quanti sint legitimæ vsuræ, nihil tamen sibi imputet in solutum; quia potuit ex contrario euenire vt vel nullos, vel minores perciperet. Nam expressa antichresi contracta apparet noluisse creditorem pecuniam gratuitam mutuam dare: de vsuris verò, nihil conuenisse: sed de fructibus pignoris in genere & sub incerto sibi acquirendis cogitasse. Itaque nihil absurdi aut iniqui emergit si plus commodi creditor sentiat ex fructibus quàm ex vsurarum stipulatione sensurus fuisset: dummodo illud diligentè & accuratè caueatur, ne quid in legitimarum vsuratum fraudem factum videri possit: cuius tamen fraudis suspicio nulla est quandiu incertus est euentus, id est incerta quantitas, incerta consequenter æstimatio fructuum percipiendorum, vt superiori capite probauimus. At in tacita antichresi quæ non nisi ex præsumpta contrahentium voluntate inducitur, fieret contra voluntatem si plus incommodi afferret debitori quòd gratuita creditoris pecunia quàm si vsuraria vteretur. Id verò contingeret si etiam supra modum vsurarum fructus pignoris lucrari creditor posset. Et hæc quidem de pignoratitio creditore verè rectèque dicuntur. Sed in hypothecario, id est qui rei obligatæ possessionem non habeat, longè aliud est. Nam sicut debitor ei rem obligatam non tradidit ita nihil est ex quo possit colligi tacitam debitoris voluntatem illam esse vt percipiendorum ex hypotheca fructuum ius vllum creditor habeat. Traditio enim quæ sine facto tradentis nulla est, inducit translationem possessionis, possessio autem translata ius fructuum percipiendorum. Itaque licèt creditor hypothecarius ni ad diem pecunia soluatur, ius habeat vindicandi fundi per actionem hypothecariam, & subinde postquam vindicauerit, retinendi; ac consequenter fructus omnes qui ex pignore redigi possunt, percipiendi,

quia tamen id facit pro suo iure magis quàm ex debitoris sine expressa, siue tacita voluntate, nullam fructuum partem lucratus, sed omnes quosquos, & quotquot percipit sibi cogitur imputare, in sortem si debitum neque vsurarum neque antichreseos cum fuit. Qua de causa prudenter faciunt huiusmodi creditores hypothecarij, qui eodem libello quo petunt mitti se in possessionem bonorum debitoris (quam agere ad formam sequi coguntur vij qui non sunt pignorum possessores) petunt etiam vt publicè pignora distrahantur, ne alioqui eueniat vt ex imputatione illa quandoque facienda fructuum omnium, non modò quos perceperint, sed etiam quos percipere potuerint, sors ipsa aut omnino soluta, aut saltem magna ex parte attenuata reperiatur, non sine magno ipsorum incommodo, quibus ex ea fructuum perceptione parum superfit quod in calculos referre possint. In eóque pragmaticorum constitutum & morem laudo. Sed non in eo etiam quod idem obtinuerit volum, illo quoque casu, quo creditor in pignorum possessione sit per clausulam constituti. Nam & in hac specie si non contracta fuerit antichresis expressa, perinde volunt creditorem petere vt pignora distrahátur, eodem scilicet libello quo petit vt in fructuum possessione tanquam sua retineatur? Eodem scilicet metu vrgente, ne fructuum perceptione debitum quasi imaginaria solutione absorptum reperiatur. Etenim si verá sunt illa quæ nos scripsimus de pignoratitio creditore cui pignus à debitore traditum est, vt tacitum antichresim ad modum vsque legitimarum vsurarum contraxisse videatur, quidni idem dicemus illo etiam casu quo possessio non per veram & realem traditionem translata sit, sed per clausulam constituti? Siquidem perinde transfertur possessio per constitutum atque per traditionem, nec fictitia tantùm & ciuilis, sed etiam vera, realis, & naturalis, vt pragmatici quique fatentur, nec distinguemus an ea constituti clausula adposita sit vt plerumque fit in obligatione generali bonorum omnium debitoris, an in hypotheca certi fundi. Posset enim ea distinctio locum habere in antichresi expressa, quæ quoniam regulariter non seruat modũ vsurarum, facilè videri posset in earum fraudem facta esse, si pro exiguo fortassis debito bonorum omnium debitoris quæ ingentis essent æstimationis fructus percipere creditor vellet. At in antichresi tacita nihil tale est quod metui possit, cùm seruet modum vsurarum, & proinde quicquid excedit vsuras huius sortis imputandum? ex quo illud etiam euenit vt quo maiores & vehementes sint fructus bonorum obligatorum, eo citiùs debitum extinguatur. Quòd sicco extincto aliquid ex re & bonis debitoris supersit penes creditorem, id verò constat pignoratitia actione debitori restituendum esse. Ita fit vt nec legitimis vsuris, nec debitori fraus vlla fieri possit, non magis obligatis cum clausula constituti bonis omnibus debitoris, quàm si vilis damnatur aut alter fundus obligatis proponeretur. Quid autem si hac quidem clausula constituti nulla sit, sed tamen conuenerit vt liceat creditori propria auctoritate quandocunque possessionem pignoris occupare? Non parum differt hic creditor ab eo qui per constitutum possessor factus est, nisi hactenus, quòd non possit videri possessor, nec proinde ius habere percipiendorum fructuum, quandiu non est in fructus possessionem. Tantum sine propria autoritate, quod potest iure conuentionis, simile quod ciuilius fuerit, si autore iudice vel ducente debitore

tore poſſeſſionem pignorum ſit ingreſſus, eodem iure debet quo cæteri pignoratitij creditores, quia & ex eo tempore pignoratitius non hypothecarius eſt.

ERROR VII.

Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore numquam poſſit.

DE HOC ERROR pleriſque pignus in expreſſam antichreſim tradentibus ſubrepit aliquando, vt paciſcantur cum creditore de pignore illo numquam diſtrahendo: Quod cum accidit, quæri interdum ſolet an pactio valeat. Nec deſunt inter pragmaticos qui negent valere: Ob eam potiſſimùm rationem, quòd dici ſoleat inutile pignus eſſe quod diſtrahi nũquam poteſt. Inde enim fit vt quamuis expreſſim conuenerit ne diſtrahi vnquam poſſit, facere tamen conuentio nequeat, quin peruenire tandem liceat ad diſtractionem dummodò trina præcellerit denuntiatio de ſoluendo *l. 4. l. quamuis 6. D. de pignor. act.* Et quamquam non hodie ſicut olim abſolutè vera eſt illa propoſitio, quia inuentum inductúmque eſt à Iuſtiniano vt alia ratione poſſit pignus vtilitatem adferre creditori, nempe ius, dominij impetretur *ex Lucius C. de ut. domin. impetr.* Illud tamen ſemper verum eſt inutile pignus eſſe quod ſic contractum fuit vt neque vendi poſſit, neque eius dominij ius à creditore impetrari. Addunt qui grauiores æquitatis ſectatores videri volunt, iniquum eſſe vt creditor pecunia ſuâ in perpetuum carere cogatur. Quaſi verò pecunia credita maneat adhuc in dominio creditoris, ac non potiùs ideò mutua dicatur quòd de mea fiat tua *l. 2. D. de reb. credit.* Debuerunt potiùs dicere alienam eſſe pactionem illam à mutui natura & conditione, & notiſſimos mutui terminos excedere ſi conueniat vt pecunia mutuò data repeti numquam poſſit, cùm illud imprimis ſit ex natura mutui, vt pecunia quæ à creditore mutua data eſt ei poſſit à reſtitui debeat, & conſequenter vtilis reſtituatur exigi à creditore poſſit. *l. cum quid 3. D. eod.* Sed tamen videntur mihi rationes hæ omnes leuiores, quàm vt mouere quemquam debeant. Nam vt priorem primo loco refellamus, etiam ſi pignus [illegible] ſit, vt neque diſtrahi queat, neque dominium [illegible] propter conuentionem in antichreſim factam, vt quandiu creditor pignore frui poterit pecuniam exigere non poſſit. Non tamen ſtatim conſequens eſt, inutile pignus eſſe, quippe quod vtilitatem fructuũ adferat creditori, nec ad eam vſque ſummam duntaxat quæ par ſit legitimis vſuris, ſed interdum etiam ſupra quàm legitimus vſurarum modus patiatur, ſi modò nihil in earum fraudem factũ ſit, vt in ſuperioribus diſputauimus. Si pignus ſic datum eſſet vt cautionis tantùm vice fungeretur, inutile ſanè eſſet, ſi diſtrahi numquam poſſet, ideóque nec conuentio valeret de pignore numquam diſtrahendo. At cùm ea pignoris dandi cauſſa fuit vt in vicem vſurarum creditor pignore frueretur, interuſque ſuo faceret, ſicut non poteſt dici pignus inutile quandiu

frui creditor potest, ita quoque inutilis pactio dicenda illa est de qua disputamus. Sibique imputare potius creditor debet, cur ita conuenerit allectus spe fructuum percipiendorum & lucrandorum, quos vtique maiores sperauit, quàm futuræ essent vsuræ si pecuniam fœnori collocasset. Vsu enim cõpertum est, vix vnquã fic antichresim constitui vt non sit vtilis & commoda credtori, id est quin pignus longè pluris sit quàm debeatur, & consequenter fructus pignoris ampliores sperentur quàm iustus vsurarum modus ferre posset si ex vsurarum comparatione antichresis expressè constitui deberet. Et verò cùm paciſci creditor liberaliter, & gratuitò possit de pecunia numquam petenda (valet enim vtique pactum de non petendo, & fauorabile existimatur quia liberatorium est, etiamsi causſam aliam nullam habeat quàm liberalitatem creditoris) quidni etiam paciſci poterit de pecunia certo tantùm casu numquam petenda? Aut cur nó creditor rei suæ quam velit legem dicere prohibeatur? Etsi enim difficilius est vt creditor sibi præripiat facultatem quam habet à lege, pignoris distrahendi quandiu liberum habet ius pecuniæ repetendæ; cum per eam præcipuè pignoris distractionem suum consequi possit? Præcedente tamen aut aliter quoquomodo intelligente pactione, vt pecunia mutuò data vel numquam, vel non ante certum tempus certúmve casum exigi possit, quod paciſci licere diximus, æqua, & vtilis fit conuentio de pignore non distrahendo: quia nec fieri potest vt distrahatur pignus pro consequenda pecunia quæ nondum peti possit licèt iam debeatur. Minus enim est petere quàm consequi solutionem inuito debitore. Atqui in ea specie quam nos tractamus, id est antichreti sic expressim constituta, vt quamdiu creditor pignore in antichresim accepto frui poterit, distrahere pignus non possit, conuentionem quoque illam siue expressè adhiberi, siue tacitè subintelligi necesse est, vt pecunia ipsa exigi & repeti nequeat, quasi contento creditore eo cõmodo, quod ex pignoris fructibus sperare potest. Quidni igitur valebit etiam conuentio vt distrahi pignus tandiu non possit? Nam & diximus creditorem qui pactus est de vsuris ad certum vsquè tempus sibi soluendis pactum quoque fuisse, intelligi de sorte interim non petenda *l. qui in futurum 54. D. de pact.* Cur non igitur eadem interpretatio capietur, si non de vsuris, sed de fructibus pignoris in vicem vsurarum percipiendis conuenerit? Quod enim pragmatici obiciunt, aut pro pragmaticis obtendere quis possit alienum, id esse à mutui natura vt pecunia credita exigi numquam possit, ad rem sanè non pertinet. Non enim de ea agimus, non eam conuentionem absolutè conuenit vt pecunia quam repeti possit, sed cum hac adiectione, & exceptione *quandiu creditori licebit frui pignore in antichresim.* Quamdiu autem creditor pignore fruitur, ferè est vt pecuniã à se creditã frui videatur. Ideò enim dicta est *antichresis* quasi contrafructio, quòd sicuti debitor ea pecunia fruitur quæ fuit creditoris, ita vicissim creditor eo pignore quod est debitoris. Itaque si contingat vel euictione pignoris, vel quo alio modo impediri creditorem quominus plenissimam habeat pignoris fruitionem, non quidem habebit ex ea causſa debitorem obligatum de euictione, nisi specialiter ita conuentum & promissum sit, sed tamen quasi finita & ipso iure resoluta antichresi ius nanciscetur pecuniæ quandocunque repetendæ, etiamsi per debitorem non stet quominus creditor pignore fruatur.

fruatur Eáque demùm conuentio improbanda eſſet, per quam creditor etiá pignore frui prohibitus, pecuniam quoque repetere prohiberetur. Non valdè in contrarium diſſimile eſt, quòd in annuarum penſionum venditionibus certo pretio factis authoritate conſtitutionis pōtificiæ *in Extrauag. regimini.* ea paſſim conuentio admitti ſolet, vt ſi venditor moram faciat in ſoluenda penſione, repeti per emptorem pretium poſſit, nec cogatur emptor ſtare cōtractui, quamuis in cæteris venditionibus ſi ſolam cōtractus naturam inſpicias, non ob id ſolùm reſilire emptor à venditione poſſit, quòd venditor ex parte ſua non impleat, ſed habet tantùm eo nomine actionem ex empto in id omne quod ſua intereſt. *l. ea conditione 14. C. de reſcind. vend.* Nimirum cōuētiones hæ de quibus diximus ſiue in venditione, ſiue in pignore, non tam contra quàm præter naturam contractus ſunt, ideóque admitti debent, præſertim vtilitatis cauſſa, cùm huiuſmodi conuentionum beneficio plerumque accidat, vt facilè ac libenter ita contrahat qui alioquin non fuiſſet contracturus.

ERROR OCTAVVS.

De iure dominij pignoris impetrandō.

NOVVM ſanè ius illud fuit quod Iuſtiniani conſtitutio induxit *in l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Sed tamen nec debitoribus damnoſum, nec creditoribus inutile, ſi eius conſtitutionis obſeruatiōnē ſequi malint, quàm de pignore diſtrahēdo cogitare. Habet enim beneficium illud Iuſtinianeū ſuas ambages, moras, & conditiones, & quidē eiuſmodi vt neque debitori de creditore, neque creditori de alio quàm de ſe cōquerendi occaſio relinquatur, ſi debitore tādiu ceſſante in ſolutione, ius dominij pignoris tādē impetretur. Cæterùm quemadmodū nō prohibetur debitor pignus diſtrahere ſi id malit vt ex pretio ſatisfaciat creditori, quia dominus pignoris manet, nec quicquá intereſt creditoris dūmodo ſuum conſequatur, ita ex cōtrario ſi creditor ſolutionis citiùs extorquendæ gratia malit pignus diſtrahere iure creditoris, quod facere poteſt dum ne conuenerit ne poſſit, aut etia petere vt per iudicē, id eſt autoritate iudicis nomine debitoris diſtrahatur, non prohibet Iuſtiniani conſtitutio ne id facere pro ſuo iure poſſit. Vnde fit vt quàm rariſſimè creditores eam impetrandi dominij formam ſequantur, quá Iuſtinianus præſcripſit. Eáque res iam olim Accurſium impulit vt ſcriberet legem illam pleriſque locis in deſuetudinem abiiſſe: Indeque noſtri etiam pragmatici arrepta errandi occaſione vulgò exiſtimant non eſſe eam apud nos in vſu. In quo tamen labuntur. Nam præter id quòd neque Principis edictum, neque lex vlla municipalis apud nos eſt, cuius poteſtate conſtitutio Iuſtiniani abrogata videri poſſit (quod autem immutatum non eſt, cur ſtare prohibeatur:) memini cùm aliquando ex facto incidiſſet quæſtio De creditore qui ius dominij ex forma præſcripta impetrare volebat, relatum fuiſſe ab antiquioribus Senatoribus, idem ſe vidiſſe non ſemel anteà factitatum: Fateor tamen non niſi perrarò id vſurpari ſolere quòd pignoris diſtractio vtro modo fiat creditori, commodior videatur. Sed nec facilè videas creditorem

id consilij capere vt pignus distrahat iure creditoris, quoniam ea plerumque creditorum pignora distrahentium mens est vt ipsi emant aut pro se subiiciant emptores, siue alio nullo emptore existente, siue quòd rem ipsam sibi habere malint: quod tamen facere non possent si ipsi venderent. Neque enim idem potest esse emptor, & venditor. Itaque commodius putant esse si petant distrahi pignora per iudicem, vt debitoris nomine facta venditio perinde habeatur acsi ab ipso debitore facta fuisset: Quæ res facit vt creditor ipse vice extranei emptoris possit emere, nec superst debitori vis offerendi post elapsum semestre quod statuto nostro in eam rem præstitutum est, non magis quàm si emptori prorsus extraneo venditum pignus fuisset.

ERROR IX.

De venditione facta sub pacto de retrouendendo.

SIC VT in pignoribus frequens pactio illa est, de qua proximè diximus, antichreseos contrahendæ, vt debitor pecuniâ creditoris, non gratuita quidem, sed tamen sine vsuris, creditor verò vicissim re obligata fruatur, ita & in venditionibus vsitata ea est de qua nunc dicemus, vt qui emit promittat se venditori, aut quandocumque sine certi temporis definitione, aut ad certum vsque tempus & intra id tempus retrouenditurum. De qua tamen in toto iure nostro vnus tantùm & singularis locus est in *lege secunda, Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Vulgo vocant venditionem factam sub pacto de retrouendendo. Tanta autem inter has conuentiones similitudo, & adfinitas est, vt plerumque dubitetur an véditio cõtracta sit, an antichresis, in eóque passim ab interpretibus & pragmaticis erratur. Nam si ad pactionem illam de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt venditor supra dimidiam sit læsus, existimant plerique contractum suspectum esse, & vt loquuntur, simulatum, ac pro fœneratitio potiùs habendum: quasi colore quæsito fœnori, vt sub specie emptionis liberiùs emptor in re debitoris, & in fraudem legitimarum vsurarum grassaretur. Quæ tamen sententia tanquam lege & ratione destituta, licèt magnis autoribus probata, iampridem ferè ab omnibus tribunalibus explosa est. Nam cùm ea emptionis & venditionis natura sit vt contrahentibus liceat naturaliter, liceréque debeat se decipere *l. in causſa* 16. *§. idem Pomponius D. de minor. leg. item si pretio* 22. *§. vltim. D. locat.* ideóque nec æquitate iudicij, nec alio vllo modo venditori aduersus læsionem succurratur præterquàm ex beneficio nouæ constitutionis in *l. secunda. Cod. de rescind. vendit.* si læsus sit vltra dimidiam iusti pretij *l. si voluntate* 8. *eod.* Nihil causſæ est cur tam facilè simulationis præsumptio, quæ alioquin odiosa est, capiatur, propter accedentem pactionem licitam de retrouendendo, quæ tantum abest, vt venditionem faciat odiosiorem, vt ex contrario læsionem minuat, vt pote quæ pars pretij esse existimetur. *l. fundi partem* 79. *D. de contr. empt.* Nam si venditor æstimata etiam pactione adhuc vltra dimidiam iusti pretij læsum se conqueratur, duplicem viam habet per quam

quam ſibi conſulat contra emptorem, alteram ex conuentione, cuius poteſtate cogere emptorem poteſt vt recepto pretio rem reſtituat & retrouendat: aliam ex noua conſtitutione, per quam ſimiliter euincat & extorqueat rei venditæ reſtitutionem niſi emptor iuſtum pretium ſupplere malit. Nec diſtinguendum eſt, meo iudicio, in hoc caſu, an pactum de retrouendendo ſit liberum nécne, id eſt, an ita ſit conceptum vt in venditoris facultate & arbitrio maneat, quando retrouenditionem ſibi fieri velit, an verò ita vt ante certum tempus eam petere prohibeatur. Vtraque enim pactio licita eſt ſi aliud nihil obſtet, & generalis regula iuris facit vt quæcumque pactiones in traditionibus rerum apponuntur, eas ſeruari oporteat *l. in traditionibus 48. D. de pact.* non ſolùm ſi reſpiciant voluntaté venditoris rem tradentis, qui non aliter venditurus aut traditurus fuit, ſed etſi ſpectent ad commodum emptoris, quia nec aliter fuit ille empturus. Itaque receptior interpretum & pragmaticorum ſententia eſt, non aliàs ſimulatos huiuſmodi contractus videri debere, quàm ſi ad immodicam læſionem & pactionem illam de retrouendendo accedat tertium illud, quòd emptor ſolitus ſit fœnerari, ſed accedente hac fœnerandi conſuetudine, non eſt qui dubitet quin emptionis cõtractus ſimulatus dici debeat & fœneratitius, nec pro fœneratitio tantùm haberi, ſed etiam pro facto in fraudem legitimarum vſurarum. Cui ſententiæ cauſſam potiſſimum dedit conſtitutio pontificia *in cap. ad noſtram. & cap. illo nos. Extr. de pignor.* Nec ſanè iniqua ſententia eſt vt fraudibus comminiſcendis, quantum fieri poteſt, via præcludatur. Sed vereor ne ex iuris ratione non ſit ſatis tuta, niſi addas eam emptoris conſuetudinem proponi probarique, vt eiuſmodi contractuum commento ſoleat improbum fœnus exercere. Nam ſi proponas ſolitum quidem eum fœnerari, ſed aperto fœnore, & pecuniam credere ſub vſuris præſertim licitis & quæ iuſtum modum non excedant, vix eſt vt ſi poſteà rem maioris pretij emat viliori adiecto etiam pacto, de retrouendendo fœnerandi potiùs quàm emendi animum videri debeat habuiſſe. Ex prioribus enim contractibus qui diſſimiles fuerunt coniectura probabilis ſumi non poteſt, quòd eandem in hoc quàm in aliis habuerit voluntatẽ. Quáobrem puto neceſſariam eſſe hanc adiectionem, nec ſanè aut pontificia, aut alia vlla lex repugnat. Probata verò ea conſuetudine fœnerandi quam requiro, non dubito quin contractus fœneratitius haberi debeat, ſiue pactum de retrouendendo fuit liberum, ſiue non, quamquam ſi non fuit liberum, apertior eſt multóque certior ſimulatio, quæ cùm probatur, aut ita præſumitur, vt contraria probatione aut præſumptione iuſta illa præſumptio non eliditur, conſtat ſanè plus valere quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit.* Præcipuus tamen hac in re pragmaticorũ error mihi videtur in eo eſſe, quòd putant, ſi contractus fœneratitius fuit, vſque adeò ſeueriter agendum eſſe cum creditore vt fructus omnes quoſquos ex re vendita perceperit aut percipere potuerit, in ſortem ſibi imputare cogatur, perinde acſi creditor eos fructus nullo iure, nullàque ex cauſſa percepiſſet. Id enim ego non ſolùm nimis durum & iniquum eſſe arbitror, ſed à iuris etiam ratione omnino alienum. Illa namque ſimulatio quam ex ſupradictis coniecturis induci fateor, efficit quidem vt contractum pignus potiùs quàm emptio facta eſſe intelligatur, ſed facere non poteſt vt non ſaltem eadem creditoris conditio eſſe debeat quæ eſſet ſi antichreſim expreſſè contraxiſſet. Omnia enim quæ ad antichreſim conſtituendam

neceſſaria ſunt, intercuniũt in huiuſmodi emptione, ac primùm ex parte creditoris voluntas commodi alicuius ex pecunia ſua in vicem vſuratum extorquendi, ex parte autem debitoris traditio pignoris, conſenſúſque expreſſus vt eos fructus quos ex pignore creditor percipiet ſibi lucretur. Quicunque vẽdit & tradit non poteſt eo animo non eſſe, vt transferat in emptorẽ non modò poſſeſſionem, ſed etiam percipiendorum fructuum ius pleniſſimũ. Nihil igitur diſtat huiuſmodi contractus ab antichreſi, niſi nomine tenus, quoniam emptio à contrahentibus non antichreſis dicta eſt, cur non igitur eodem quo antichreſis iure cenſebitur? Atqui ſi contracta expreſſim antichreſis fuiſſet, fructus omnes quoſquos ex pignore percepiſſet creditor lucrifeciſſet, nec ſibi in ſortis ſolutionem imputaſſet, ne pro ea quidem parte quæ iuſtũ & licitũ vſuratum modum exceſſiſſet, vt à nobis in ſuperioribus latè comprobatum eſt. Quidni ergo idem admittemus pignoratitio contractu ſub emptionis nomine conſtituto? Dices fortaſſe contractum hunc ſimulatum non ſolùm pro pignoratitio haberi, ſed etiam pro fœneratitio, adeóque quod peius eſt, pro facto, vt diximus in fraudem legum, & vſuratum. Proinde non poſſe cenſeri iure antichreſeos expreſſæ, quam nos itidem diximus nihil commune habere cum fœnore, nec fœneratitium contractum eſſe *ex l. ſi ea pactione 14. in fin. C. de vſur.* ſed reſpondeo interpretũ & pragmaticorũ errore magis quàm iure factum eſſe vt emptio illa ſimulata, qua de agimus fœneratitius cõtractus exiſtimetur, dum pignoratitium contractum & fœneratitium pro eodem habent, nec diſtinguunt pecuniam vſurariam ab ea quæ nec vſuraria nec gratuita ſit, exiſtimantes vſurariam eſſe omnem quæcunque non gratuita eſt. In quo tamen euidentiſſimè falluntur. Sicut & in eo quòd antichreſim ipſam quoque pro fœneratitio contractu habent. Nam ſi omnia ex iuris ratione æſtimentur, nihil verius eſt, quã quod iá probauimus, poſſe fieri, & verò euenire quotieſcũque antichreſis ſiue expreſſa, ſiue tacita cõtrahitur, vt pecunia quæ debitori à creditore datur non ſit vſuraria, nec tamẽ gratuita videri poſſit ſi antichreſis expreſſim contracta proponatur: quẽadmodũ ex contrario ſi non niſi tacita antichreſis contracta ſit, pecunia gratuita quidem eſt *l. cum debitor 8. D. in quib. cauſſ. pign. vel hypoth. tacit contr.* nec eo minùs tamen creditori adferit commodũ fructuum ad eum vſque modum quẽ legitimæ vſuræ patiuntur, vt eadem lex ait. Denique vſuraria pecunia non eſt, nec proinde contractus vſurarius, aut quod idem eſt fœneratitius, niſi cùm de vſuris cõuenit, ſiue expreſſo vſurarũ nomine, ſiue tacito, vt fit cùm de aliqua quãtitate vltra ſortem reddenda actum eſt, quicquid enim ſortem excedit vſura eſt, & fœnus. Sed cùm neque de vſuris neque de pecuniario exceſſu actum fuit, non poteſt videri pecunia vſuraria, licèt nec gratuita ſit, & è contratio plus adferat commodi creditori ex perceptione fructuum pignoris, quàm ſi de vſuris grauiſſimis conueniſſet. Nec igitur contractus fœneratitius cenſeri debet, ne tum quidem cùm antichreſis contracta eſt in fraudem legitimarũ vſuratum: quia hoc etiam caſu nõ totum contractum lex improbat, ſed quatenus duntaxat in fraudem factus eſt. Itaque ad concurrentem vſque quantitatem vſuratum legibus permiſſarum, poterit creditor ex fructibus rei ſibi oppignoratæ retinere. In eóque nimirum differet contractus hic de quo diſputamus ab antichreſi expreſſim & licitè conſtituta, quòd cùm illa nõ ſeruet modum vſuratum, hic tamen ſeruat, vt quod in fraudem legis factum eſt vindicetur, diutiúſque agatur cum eo qui illicitè quàm cum eo qui licitè cõtraxit.

cõtra fab. hic facit de tand. l. aduers. y. 66 2.5.

traxit. Cæterùm ad eum vſque modum quem leges ferunt, ratio nulla eſt cur creditori fructuum retentio denegetur, quæ non denegaretur, etiamſi gratuitam pecuniam dediſſet. Non enim poſſis deteriorem facere cõditionem huius improbi fœneratoris quàm ſi habere illum velis pro eo qui pecuniá gratuitam dederit debitori accepto pignore. Nam vt nullum pignus habuiſſe exiſtimetur facere nõ poſſis, quandoquidem pignoris conuentio & traditio facti eſt non iuris, nec verò id pragmatici negant qui fatentur eſſe pignoratitium creditorem. Atqui etiam is pecuniam gratuitam dedit ſi viciſſim pignus acceperit nulla intercedente de fructibus aut lucrandis aut reddendis conuentione, nihilominus retinere ex fructibus poteſt ad modum vſque legitimarũ vſurarum. Idem ergo permittẽdum erit creditori, qui ſub emptionis nomine illicitum fœnus contraxerit. Cui conſequenter dicendum eſt non eſſe cogendum eum imputare in ſortem perceptos fructus niſi quatenus modum illum excedunt. Legitimus autem modus etſi apud nos nullus conſtitutus eſt, tamen exemplo ex Gallicis conſtitutionibus deſumpto is eſſe videtur, qui aſcendit ad duodecimam, Galli vocãt *au denier douze. huit & tiers pour cent.* Certè legitimas vſuras quincuncium fine concludi nemo dixerit, cùm paſſim tolerentur decunces, vt ex iis quæ primo proximæ Decadis capite dicemus intelligetur. Faciunt ergo pragmatici injuriam creditori, quem condemnant ad fructuum omnium reſtitutionem, nec alias quàm quincunces vſuras ei adiudicant, aut non niſi ad concurrentem vſque quincuncium quantitatem fructus compenſant.

ERROR DECIMVS.

De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet De retrouendendo.

PActvm de retrouendendo quod in venditionibus adiici ſolet, pretij partẽ eſſe ſatis conſtat, vt & cætera pacta omnia quorum adiectione moueri poteſt emptor vt vel viliùs vel cariùs emat *l. fundi 79. D. de contr. empt. l. ſi venditor 6. in fin. D. de ſeru. expor.* Sed quota pretij pars ſit, id eſt, quam æſtimationem recipere debeat, non æquè conſtat, & difficilis eſt inquiſitionis. Vulgaris pragmaticorum ſententia eſt, tertia pretij conuenti parte æſtimãdum eſſe, vt res quæ viginti aureis vendita eſt ſub pacto de retrouendendo, triginta veniiſſe exiſtimetur. Nec improbabilis ea traditio eſt ſi pactum de retrouendendo, perpetuum ſit, aut quod effectu idem eſt ſine vlla temporis definitione, vel trigeſimum vſque annum. Non enim paruum emptoris incommodum eſt quòd tãdiu cogatur in ſuſpẽſo manere, nec certi quicquam & explorati habere an rem à ſe emptam, an verò pecuniam quá ex cauſſa emptionis numerauit in bonis ſuis computare debeat. Víxque eſt vt prudens paterfamiliâs & diligens, non fuerit pretium aucturus tertia parte, ſi puram venditionem impetrare potuiſſet, vel ob id maximè, quòd qui ſub hoc pacto emunt, ſic poſtea affecti eſſe ſolent vt quod emerunt, nec omnino colant quaſi ſuum, nec prorſus tanquam alienum negligant, ſed dubij & hærentes tractent certè negligenti ùs, quàm ſi ſine reſtituendi onere rem tenerent. Sed cum plerunque eueniat, vt triennio duntaxat, aut quinquennio, aut ad ſummum decennio ea

Digitized by Google

redimendi facultas concludatur, non puto posse defendi eandem pacti æstimationem illo casu esse debere quæ esset si perpetua redimẽdi potestas data proponeretur. Quo enim breuius tempus est quod pacto continetur, eo minùs incommodi sentit emptor ex pacti adiectione, ideoque non est quod tanti pactum æstimet, vt maiore pretio rem comparasse videatur. Et tamen pragmatici nullam hac in re adhibent temporis distinctionem, & siue longius siue breuius tempus fuerit quod pacto comprehensum est ad trientem vsque pretij æstimant eius vtilitatem, vt videre est apud Iosephum Ludouicum in *Decis. Perusinis.* Et sanè difficile est vt pro temporum distinctione alia atque alia possit iusta initi æstimatio, si tempora velis computare de momento in momentum, quod tamen non magis fieri potest nec debet quàm si agatur de æstimandis alimentis, aut de æstimando vsufructu, de quo Æmilius Macer ex Vlpiano tractat in *l. computationi* 68. alias *l. hereditatum D. ad legem falcidiam*, in qua non dubito quin ab illis verbis *solutũ est tamen* vsque ad §. *si quis ex heredibus*, Tribomani verba sint non lureconsulti. Nam Æmilius Macer nõ tantùm quid Vlpianus senserit, sed etiam quo iure vtamur explicat his verbis *eóque nos sure vti Vlpianus ait & circa computationem vsusfructus faciendam.* Quod omnino pugnat cũ sequenti illa adiectione *solutum est tamen.* Quid enim aliud est ius quo vtimur, quàm quod solitũ est vsurpari? Sed & apertè absurdum est quod sequitur si reipublicæ vsusfructus legetur, siue simpliciter, siue ad ludos non nisi triginta annorũ computationem fieri. Nam cùm vsusfructus reipublicæ relictus non nisi centesimo anno finiatur, quòd is vitę humanæ finis lõgissimus esse existimetur *l. si vsusfructus* 8. D. *de vsufruct. legat. l. an vsusfructus* 56. D. *de vsufruct.* incerta verò illa vsusfructus æstimatio quam Vlpianus sequendam putauit, cùm vsusfructus alicui legatus est, non nisi ex incertitudine vitę hominis proficiscatur, planè consequens est vt vsusfructus reipublicæ relictus sicut incertitudinem nullam admittit, ita nõ aliam æstimationem recipiat quàm quæ centum annorum respondeat computationi. Sed hoc obiter dictũ sit. Cæterùm quemadmodum in ea specie Vlpianus pro ætatis varietate aliter atque aliter & alimenta & vsumfructũ æstimat, ita & probabilissima mihi ea distinctio videretur vt si non supra quinquennium redimendi facultas extenderetur, sextam partem pretij constitueret, à quinquennio vsque ad decennium; quintam: à decennio vsque ad vicennium, quartam. A vicennio vsque ad tricennium, tertiam. Sed quoniam hoc iuris positiui est, vt loquuntur, non etiam certa iuris ratione constituti, necesse esset induci illud ab iis qui potestatem constituendi iuris haberent, qualem habuerunt olim non solùm principes, & prætores, sed ipsi etiam prudentes: hodie apud nos solus Senatus, nisi adiungas communem interpretum errorem, cuius non minor apud plerosque autoritas est, quàm sacrosancti Senatus apud omnes esse deberet. Audio verò, licèt pro comperto affirmare non possim, nescio quid non valdè dissimile à Senatu nostro aliquando probatum fuisse, cùm eiusmodi quæstio ex facto incidisset, circa venditionem factam sub pacto de retrouendendo ex causa immodicæ læsionis rescindenda. In quo etiã obseruandũ est, quod vulgares pragmatici ignorãt, si quãdo per testes, vt fieri solet, eiusmodi læsio immodica probata sit, non esse necesse vt testes æstimẽt quantũ ad cõuenti pretij quãtitatẽ accedere debeat ex pacti æstimatione (quomodo.n. scire id possint quod iuris est magis quàm facti, quódq; noc ipsi ferè lurecõsulti intelligunt?

gunt? sed sufficere si testes de communi pretio rei absolutæ venditæ testificentur. Iudicis enim arbitrio posteà relinquitur, vt æstimet an subducta pacti de retrouendendo iusta æstimatione, læsio immodica satis probata videatur. Illud sanè pragmatici plerique requirunt, vt in proponenda facti quæstione is qui immodicè læsum se dicit, proponat & exprimat læsionem tantam esse quanta ad contractum rescindendum sufficere possit etiam subducto eo quanti pactum est: alioqui succumbere & condemnari debeat, si id non proposuerit, etiamsi de eo quoque testes testificentur, quibus scilicet credendum non est deponentibus vltra articulata, vt loquuntur, multo magis si de eo nihil testes dixerint. Sed tamen cùm ea res quatenus facti est ex contractu ipso de cuius rescissione agitur, colligatur, quatenus verò iuris est neque cadat in scientiam testium, neque cum quæstione facti cõmune quicquam habeat, possintque omnia ex arbitrio iudicis rectè constitui & accommodari, non video cur hanc pragmaticorum satis stolidam subtilitatem admittere debeamus, per quam fiat vt aduocati sui imperitiâ causam amittat is qui alioquin obtinere deberet.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c:

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS DECIMA.

ERROR PRIMVS.

De legitimo vsurarum modo.

LEGITIMAS & licitas vsuras cùm dicimus, non illud significamus quod *Carolo Molineo* pessimo theologo, nec multò meliori Iurisconsulto visum est, vsuras aliquas esse quæ re vera licitæ & inter Christianos permissæ videri possint, nisi quas certis casibus theologi admittunt nõ tam vsuratũ quàm iustę vtilitatis & eius quod interest iure cẽsendas. Idẽ enim mihi semper visũ est quod Imperatori Leoni qui *Nouell. constit.* 83. apertè scripsit vsuras quæ vocãtur pecuniæ creditæ vbiq; à spiritus sancti decreto cõdẽnari. Licitas igitur legitimasque vsuras eas intelligimus, quæ vt Leo dicebat, propter redundantẽ in humana vita peruersitatẽ tolerãtur à principibus etiã inuitis. Quales sunt trientes ea cõstitutione permissæ, abrogato egregio Basilij Imperatoris edicto quod generaliter & indistinctè vsuras interdixerat in vniuersum,

Etſi enim non eſt ex principibus Chriſtianis cui liberum ſit vſuras probare & admittere, quas ſacroſancta eccleſiæ autoritas nullo nō tempore damnauit, commerciorum tamen neceſſitas, & miſera miſerorum hominum cupiditas vel ab inuitis extorſit, vt quas permittere nec volunt, nec poſſunt, eas ad certum vſque modum tolerare cogantur. Quod quoniam non ex iure, ſed ex commerciorum vtilitate; aut potiùs neceſſitate proficiſcitur, aliter atque aliter pro regionum ac temporum varietate obſeruatur. Adeò vt non deſint, inter quos & Molineus ipſe eſt, qui putent ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l.eos 26.C.de vſur.* nullum vſurarum fuiſſe certum modum. Quod tamen quàm falſum ſit apparet ex innumeris locis Pandectarum & Codicis in quibus videas fieri mentionem vſurarum licitarum & illicitarum, *l.vſuras illicitas 20.l.placuit ſine ſupra ſtatutum modum 29.& alibi paſſ. D.de vſur.* Vnde & legitimæ vſuræ in *l.pecuniæ fœnebris 9.eod.* quę proculdubio fuerūt cēteſimę, cùm in dies triginta, inque denarios centenos denarij ſinguli præſtabantur, vt in cautione illa, de qua in *lege lecta 40. D. de reb.credit.l.nihil intereſt 4.D. de nautic.fœnor.l.ſi pro mutua 8.C.ſi certum petatur. Paulus lib.2.ſentēt.tit.14.§. 2.* Etſi enim vſuras illas centeſimas non ita paſſim frequentatas fuiſſe ſcio, quòd omniū grauiſſimæ eſſent, præterquàm ſi traiectitia pecunia proponeretur, cuius vſuras in infinitum ſtipulari licebat, fauore ſuſcepti per creditorem periculi, aut ſi ſpecies fœnori datæ eſſent, vt innuit Iuſtiniani conſtitutio in *d.l.eos*, illis verbis *vel ſpecierum fœnori dationibus*, abſurdum tamen ſit legitimas vſuras interpretari, vt à quibuſdam factum video, eas quæ magis ſunt in vſu. Cùm nihil ſit tam euidens quàm legitimas eas eſſe quæ ſunt licitæ, id eſt ad quàs vſque ſtipulari licet, & vltra quas non licet. Eiuſmodi verò fuit vſura centeſima *d.l.nihil intereſt 4.D. de nautic.fœnor.* Leuiſſimę vſuræ ex contrario fuerunt trientes, ſic dictæ quòd aſcenderent ad tertiam vſque centeſimæ. Idque conſtat ex *§.vltim.l.cum quidam 17.D.de vſuris*, ſi iungas *l.ſi legatum 5.D.de operib.public.* Idem enim Diui Pij reſcriptum vtroque loco refertur, ſed latiùs in *dicta l. ſi legatum*, & in hæc verba, Si quidem dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponendas legauerunt, præfinitus: à præſide prouinciæ tempus ſtatuendum eſt, & niſi poſuerint heredes, vſuras leuiores intra ſex menſes, ſi minùs, vſuras ſemiſſes reipublicę pendant. Quod autem Vlpianus eo loco dixit *vſuras leuiores*, Paulus in *dicto §. vltim.* dixit *vſque ad tertiam centeſimæ*, vt nulla ratio ſit cur cum *Iacobo Cuiacio lib.5.obſeruat.cap.38.* ea verba Triboniano adſcribere debeamus, aut cur Triboniano ſuccenſere potiùs quàm Paulo, qua de cauſſa integrum Diui Pij reſcriptum non retulerit. Triboniano enim ſatis fuit adhibere Vlpianum qui referret, & ex quo peti poſſet quod deerat Paulo. Paulus verò ſatis habuit eas vſuras exprimere quę priores heredibus ex prima mora infligantur, quamuis poſſint illæ creſcere ſi intra ſemeſtre mora non purgetur. Mediocres vſurę & moderatæ olim fuerunt non beſſes, vt quidam putant, ſed ſemiſſes, aut vt vocant ſemiſſales, quales erant quæ fiſco pendebantur *dicta leg.cum quidam 17.§.ſi debitores D.de vſuris.l.vltim.Cod. de fiſcal.vſur.lib.10.* aut reipublicæ *lege Sepitia 10. D. de pollicitat.* Erant enim mediæ inter maximas, id eſt centeſimas, & nullas. Etſi beſſium quoque ſtipulationem ſatis frequentem fuiſſe non ignoro. Hæc cùm ita iure vetere ſe haberent, Iuſtinianus pro arbitrio, nec iniqua ſanè moderatione omnia immutauit in *dicta lege eos*, *Codic.de vſuris.* Illuſtribus viris trientarias

duntaxat

duntaxat vsuras permisit. Iustis negotiatoribus terrenis, meditetraneis aut terrestribus, besses, hoc etiam addito *Nouell.136.* vt argentarijs debeantur tametsi eas stipulati non fuerint, Maritimis negotiatoribus, & iis, qui species, id est, vt ego interpretor, licèt contra vsurpatam a prudentibus loquendi rationem merces fœnori dederint, quibus olim licebat vt diximus vsuras in infinitum stipulari, ad centesimam vsque concessit. Cæteris omnibus non nisi dimidiam centesimæ, id est semisses vsuras, quas & præstari voluit iis omnibus casibus quibus placuit vsuras exigi posse etiam extra stipulationũ, vt cõtingit in omnibus bonæ fidei iudicijs. Excipiũtur tamen vsuræ pupillares, & ex iudicio societatis debitæ si *Accursio* & *Molineo* credimus ex *l.1.C.de vsur. pupill.& l. si vt proponis 4.C.de edif.priuat.* Sed cùm leges illæ sint priorum Imperatorum, manifestum est abrogatas esse constitutione illa Iustiniani quę non solum posterior, sed etiam generalissima est, vt & Iustinianus ipse testatur in *l.3.C.de vsur.rei iudic.* illo loco *in capitulis lege nostra tatũmodo exceptis.* Vnus tantùm meo iudicio casus hodie superest in quo exigi possit vsura centesima extra quam illa Iustiniani constitutione comprehensum sit. Is est si agatur de vsuris rei vindicatæ post quadrimestre quod iudicato faciendo præstitutum est soluendis ex *d.l.3.* in qua hoc ipsum expressim sancitum & constitutũ est. Quamquã non obscurè ea lex innuit priorem cõstitutionem quæ vsuris certũ modũ dedit ad eas dũtaxat vsuras pertinere, quæ aut ex cõtractu, aut ex quasi cõtractu debeãtur, non etiã ad eas quę ex causa iudicati. Proinde si quis alius casus esset in quo de vsuris centesimis tractari ex iure vetere posset dum ne ex contractu vel quasi debitæ essent, admitterem facilè etiam hodie centesimas vsuras deberi, si quis Iustiniani constitutionibus locus relictus esset, præsertim cùm nec contrarię consuetudinis in regione obtinentis rationem vllam haberi Iustinianus voluerit. Sed tamen inuito Iustiniano inualuit, vt iis etiam in locis qui Romanorũ legibus reguntur, & apud nos longè aliud ius sit quo vtimur quod ad vsuras attinet quàm quod fuit à Iustiniano constitutum. Vsuras enim cẽtesimas nullo prorsus casu toleramus, sed eos qui decũces excedunt tanquam improbos fœneratores cõdemnamus, & grauissimis pœnis nunc pecuniarijs nunc extraordinarijs, prout delicti grauitas & atrocitas exigit, etiam infamia notamus, ex *l.improbi 20.C.de his qui notãt. infam.* Ex stipulatione verò non semisses tantùm, sed etiã decunces vsuras deberi admittimus, Dodrantes verò & besses multò magis. Si de vsuris nullis conuenerit, & aliquæ debeantur, quincunces duntaxat adiudicamus: semisses vix ferè vnquam, septunces interdum mercatoribus, si pecunia iis debeatur non pro pretio vẽditarum mercium, sed ex causa pecuniæ creditæ. Pragmaticorum nostrorum vulgaris error est legitimas vsuras apud nos esse septunces cum semuncia. Propterea quòd edicto diui Emanuelis Philiberti optimi Principis nostri expressim cautum fuit, vt venditæ pẽsiones fruméti vel hordei, vel olei aut vini, & aliarum huiusmodi merciũ ad eum modum redigantur. Sed manifestum est non id edicto illo egisse principem vt vsuris certum modum statueret, sed tantùm vt improbam fœneratorum calliditatem quę sub licitæ emptionis colore antea impunè grassabatur, coerceret: nec tamen leuiores aut medias vsuras princeps æquissimus eo casu inductas voluit, sed eas quæ proximè ad grauiores accederẽt, propter incertam mercium æstimationem, quæ & alia multa singularia induxit contra iuris rationem. Quanquam non tam incerta æstimatio, quàm incertus euentus fructuum fauora-

biles facit huiusmodi conuentiones. Videturque potiùs his maioribus vsuris causſam illud dediſſe quod etiam Iuſtiniani conſtitutio in *d. l. eos*, vſuras centeſimas eo caſu permiſit quo ſpecies fœnori darentur. Quas enim ſpecies fœnori dari ſenſerit non poſſum intelligere, niſi de mercibus intellexit: quæ tamen Iureconſultis appellatione generis potiùs quàm ſpeciei continentur. Denique nullus apud nos legitimus vſurarum modus eſt ſi decunces pro legitimis non habeas, quandoquidem vt dixi tolerantur, dum ne initio anni prorogentur, quod cùm fit, ex decuncibus fiunt decunces. Frequentiores tamen in iudicijs ſunt quincunces, in ſtipulationibus ſeptunces cum ſemuncia, aut Gallorum exemplo, vſuræ duodecimæ quæ anno demum duodecimo æquant ſortem. Galli dicunt *Au denier douze, huit & tiers pour cent.* Sed de vſuris alio loco diſſerendum nobis erit copioſiùs, non ſolùm contra pragmaticos, ſed præcipuè contra *Carolum Molineum*, qui in eo tractatu inſtar omnium eſt, ac cuius inter pragmaticos nō modò prima ſed ſuprema etiam autoritas eſſe ſolet. Illud tantùm ſubiiciendum reſtat, non poſſe rationem habere quod pragmatici volunt, ſiue in fraudem legitimarum vſurarum antichreſis contracta ſit, ſiue venditor enormiſſimè & vltra iuſti pretij beſſem læſus fuerit, condemnādum creditorem aut emptorem ad fructuum reſtitutionem, nec viciſſim maiores quàm quincunces vſuras aut accipere aut compenſare debere. Quidni enim liceat ei retinere ex fructibus ad legitimum ſaltem vſque modum? Vt diſputauimus in *errorem* 9. *Decad. ſuperioris.* Nam ſi quis putet decunces vſuras grauiores eſſe quàm vt pro legitimis haberi debeant, cur non ſaltem admittemus beſſes, aut ſeptunces, aut denique vel ex ipſa Iuſtiniani lege quę nullo principis edicto ſublata eſt, ſemiſſes? Nam etſi tale pignus datum eſſet quod legitimis illis vſuris non ſufficeret, nihilominùs legitimæ vſuræ deberentur *dicta lege, ſi pro mutua* 8. *Cod. ſi cert. pet.* vbi quod quidā pro *minoris* legūt *maioris*, vel addita negatione *nō minoris*, faciunt ſanè parum ſubtiliter. Non enim ſenſus ille eſt quem putant viri alioquin doctiſſimi & de iure noſtro meritiſſimi; Debitorem non ideò legitimas vſuras creditori denegare debere quòd ei non minoris pretij pignus dederit quàm ſumma ab eo accepta valeat, ſed hîc potiùs, creditorem qui pignus accepit impar vſuris legitimis, non ideò cogendum eſſe vt leuioribus contentus ſit, aut prohibendum ne legitimas quæ maiores ſunt exigat, quia nihil commune habet æſtimatio pignoris cum debiti iure, ſiue debitum ſortis intelligas ſiue vſurarum, & quemadmodum non eo plus debetur creditori quòd pluris ſit pignus quàm quod debetur, ita nec minùs ob id ſolùm quòd pignus ſit minoris.

ERROR SECVNDVS.

De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditione.

MONVIMVS in ſuperioribus vnicum in toto iure locum eſſe in quo agatur de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Is eſt in *l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Cuius verba hæc ſunt,

ſi

Digitized by Google

si fundum parentes tui ea lege vendiderũt, vt siue ipsi, siue heredes eorũ emptori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, téque parato satisfacere conditioni dicte heres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium pervenerunt. Quæ postrema verba omnes intelligunt, & rectè de fructibus perceptis ex re vendita retrouendenda, vt emptor ad eorum restitutionem condemnetur, ex quo venditor pretium reddidit aut legitimè etiam obtulit. Sed an fructus omnes venditori restituendi, an pro rata temporis diuidendi sint, inter iuris interpretes dubitatur. Pragmatici non dubitant, sed pro explorato habent diuidendos esse pro rata temporis quo venditio stetit, vt si venditio tertia parte anni constiterit, tertiam quoque fructuum partem ferat emptor, reliquæ partes duæ ad venditorem pertineant, siue illius anni quo facta retrouenditio est, percepti fuerint fructus ab emptore, siue à venditore. Cuius sententiæ primus autor fuisse creditur *Raphael Comensis ad legem, qui Romæ 122. in principio, Dig. de verborum obligation.* Quem ex recentioribus post alios innumeros secutus est *Didacus Couarr. libro 1. variar. resolut. capite 15. numer. 7.* Mouentur pragmatici non iuris ratione aliqua, sed vt solent, prætextu illo æquitatis, quòd ferendum non sit siue emptorem siue venditorem & rem simul & pretium habere: quorum tamen alterutrum contingere necesse esset si ad eum solùm totius anni fructus pertinerent qui eos percepisset. Nam si ante retrouenditionem percepti fructus essent, frueretur primus emptor & re & pretio. Haberet enim pretium sibi à venditore restitutum, & nihilominus fructus iam à se perceptos retineret. Sin post retrouenditionem, haberet primus venditor integros fructus, qui fortasse toto illo anno pretium retinuisset, nec nisi pridie messium aut vindemiarum pecuniam emptori reddidisset. In eámque rem abutuntur etiam pragmatici post interpretes exemplo rerum dotalium, quarum fructus constat diuidi inter maritum & vxorem, aut eorum heredes, pro rata temporis quo matrimonium stetit *lege fructus 7. §. Papinianus alias. lege diuortio. D. solut. matrimonio.* Non erimus hîc longiores in errore isto refellendo, quia de eo latiùs tractandum nobis erit in Disputationibus forensibus. Hoc tantùm dicemus, iuris rationem nullomodo pati, vt fructus qui iure soli non seminis percipiuntur, *lege qui scit 25. §. 1. Digest. de vsuris.* ad alium pertineant quàm ad eum qui & dominus est, cùm eos percipit, & iure dominij percipit. Atqui emptor ante retrouenditionem plenè dominus est fundi sibi venditi, licèt retrouendere teneatur: sicut & venditor post factam retrouenditionem. Ergo necesse est, vt qui fructus ante retrouenditionem percepti sunt ab emptore, toti & integri ad eum solum pertineant, & contra quotquot à venditore post retrouenditionem, toti & integri ad venditorem. Nec est quod aut hic aut ille siue hoc siue illo casu conqueratur. Imputare namque sibi debet qui nullã fructuũ partem habet, cur non melius sibi prospexerit, & ab initio cauerit, vt secuta quandocumque retrouenditione fructus pro rata temporis diuiderentur. Quod si factum esset, iniquitas hodie nulla subesset, quæ tamen potuit contrario euentu aduersario nocere si retrouenditio alio tempore, id est, aut citiùs aut tardiùs

facta fuisset: Ideóque nec iniquum ius illud videri potest propter dubium in vtramque patrem euentum. Non enim audiendus est qui id petit cuius contrarium in contrarium euentum non fuerat postulaturus *leg. penultim. Cod. de solut.* Etsi autem in eo dispar conditio est emptoris & venditoris, quod in emptoris potestate non est quo tempore fiat retrouenditio vt fructus sibi acquirere possit, sed totum id in arbitrio venditoris est qui ius habet redimendi, quandocumque & ab inuito etiá emptore, tamen nō habet emptor de quo magis quàm de se conqueratur, qui tam liberam dederit venditori quandocumque redimendæ rei facultatem, nulla de participandis fructibus aut de vsuris adiecta pactione. Neque verò nouum est, vt emptor & fructibus fundi venditi & vsuris pretij careat eo annò quo fit retrouenditio cùm ita conuenit, licèt bonæ fidei contractus qualis est emptionis & venditionis non perinde hanc admittat conuentionem, vt aut venditor, aut emptor & pretium simul & rem amittat *lege ex empto* 11. §. *vltimo.* D. *de actione empt.* Facilis enim est & fauorabilis fructuum aut vsurarum remissio: præsertim cùm agitur ex pacto in traditione rei venditæ adiecto, *lege, in traditionibus* 48. *D. de pact.* Si talis pactio sit quam æquitas contractus non respuat. Nam cùm pactum sit pars pretij *lege fundi partem* 73. D. *de contrahend. emptio. lege si venditor* 6. *in fin. Digest. de seru. exp.* consequens est vt quo commodius aut incommodius venditori pactum est, eo pluris aut minoris vendidisse rem videatur, quemadmodum *vltimo superioris Decadis capite* à nobis tractatum est. Sic dicimus contracta venditione sub pacto addictionis in diem, eum cui addicta res est non solùm vsucapere posse, sed & fructus & accessiones omnes lucrari *lege* 2. §. *vltimo. D. de in de diem addict.* non adhibita distinctione illa quæ fructuum diuitionem pro rata temporis inducat, licèt alio emptore existente qui meliorem adferat conditionem, atque ita resoluta venditione fructus perceptos simul cum re ipsa restitui oporteat *lege* 4. §. *idem Iulianus lib.* 1. *& l.* 6. *D. eodem.* Nec simile est quod pragmatici adferunt de fructibus dotis inter virum & vxorem diuidendis. Id enim fit speciali quodam iure dotis quæ non adeò absolutè mariti est, constante matrimonio, vt non etiam mulieris esse videatur. Quamuis enim sit in bonis mariti, est tamen mulieris, *lege, quamuis* 75. *D. de iure dotium. l. in rebus* 30. *Cod. eodem.* Quamquam in illa etiam quæstione De fructuum dotis diuitione erratum est à pragmaticis & interpretibus, vt docuimus *lib.* 1. *Coniecturarum capite* 13. At res vendita sub pacto de retrouendendo quandiu retrouendita non est, pleno iure est emptoris licèt cum onere retrouendendi. Idóque nihil prohibet cur non fructus omnes ad eum quoque pertinent. Idemque in venditore tractari potest post retrouenditionem. Et sanè verba illa legis *habita ratione eorum quæ ad aduersarium peruenerunt* demonstrant apertissimè fructus venditori esse restituendos, non etiam diuidendos. Prudentius igitur faciet emptor si cùm paciscitur de retrouendendo, paciscatur etiam de fructibus pro rata temporis diuidendis, vt neque dubitationi, neque errori pragmaticorum locus superfit: idque passim hodie fit. Peccatur tamen à plerisque in eo quòd paciscuntur ne ante certum anni tempus redimere venditor possit. Quæ pactio sicuti facit vt redimendi facultas non sit libera, ita suspectam reddit venditionem, vt contractus simulatus & pignoratitius potius quàm venditio facta esse videatur, secun-

ſecundùm ea quæ diximus *in errorem 9. Decadis ſuperioris*. At pactio illa De fructibus inter redemptorem, & retrouenditorem diuidendis, non facit vt eo minùs libera ſit redimendi facultas, neque iniqua eſt aut à iuris ratione aliena cùm habet expreſſam contrahentium voluntatem.

ERROR TERTIVS.

De diuidendi inter emptorem & debitorem fructibus pignorum redemptorum.

NOn abſimilis, ſed tamen ſuperiori errori contrarius hic eſt hoc ipſo quod ad hunc quoque caſum quo agatur de fructibus pignorum redemptorum inter emptorem & debitorem diuidendis, pragmatici noſtri idem ius accommodant quod ad illum de quo proximè diximus, De fructibus rei retrouenditæ inter emptorem & venditorem partiendis. Putant enim vtroque caſu diuiſionẽ pro rata temporis fieri debere. Nos verò ſicuti fructus omnes rei retrouenditæ ad eum pertinere probauimus qui eos percepit, ſiue emptor ille ſit ſiue venditor, dum ne culpa vlla aut mora arguatur, ita & pignorum redemptorum fructus omnes debitori intra conſtitutum tempus redimenti reſtituendos eſſe contendimus, nec ſolùm ſi creditor ipſe in vicem extranei emptoris emiſſe proponatur, quod minorem habet dubitationẽ, ſed etſi extraneus. Nam cùm creditor ipſe emit, licèt extranei potiùs quàm creditoris iure, in eo tamen minùs iuris habere debet quàm extraneus, quòd non tam alienæ rei comparandæ quàm ſui conſequendi gratia ad emptionem acceſſiſſe intelligitur, quemadmodum dici ſolet de fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore aut à confideiuſſoribus, aut de ſecundo creditore qui emit à primo *l. cùm ſecundus* 5. §. 1. *& l. ſeq. D. de diſtract. pignor. l. Paulus reſpondit* 59. *D. de fideiuſſ.* Ideóque ſufficit indemnẽ illum præſtari quòd facilè ſit etiãſi fructuũ commodum ei eripiatur dummodo debitum integrum cũ vſuris & legitimis acceſſionibus ipſi præſtetur *l.* 1. *Cod. de dolo. l. ſi mandatu* 59. §. 1. *D. mandat.* Nec dubitarem quin eodem exemplo admitti etiam deberet ſaluum debitori ſupereſſe ius quandocumque offerendi debiti niſi ſtatuti noſtri autoritate in eam rem ſemeſtre conſtitutum eſſet, ne creditori neceſſe ſit ad impetrandum dominium eas ſequi ambages quas indixit conſtitutio Iuſtiniani *De iure dominij impetrando.* Cùm verò extraneus emit pignus, ſicuti verus nũdúſque emptor eſt, ita nemo dubitat quin veri prorsúſque extranei emptoris, non etiam creditoris iure cenſeri debeat, ac proinde fructus omnes quos ex die ſibi factæ addictionis percepit, ſuos faciat. Quod & ſtatuti verbis expreſſim cautum eſt. Sed tamen dico eam venditionem perſimilem eſſe venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in diem, quæ licèt purè contracta ſit, tamen reſoluitur ſub conditione, ſi intra dictum diẽ alius emptor exiſtet, qui meliorem adferat conditionem *l.* 1. 2. *& ſeqq. D. de in diem addict.* Nam & hæc pignorum venditio ſiue ipſi creditori, ſiue extraneo emptori fiat, purè quidem fit & abſolutè, ſed ita tamẽ vt reſoluatur, & pro non facta habeatur ſi intra ſemeſtre pretium à debitore reddatur: intereà igitur nõ niſi in tempus illud ſemeſtre addictio fieri intelligitur: Et conſequenter ſi-

cùt is qui emit ſub pacto addictionis in diem fructus interea lucratur iure dominij ſi venditor dominus fuit, aut iure bonæ fidei poſſeſſoris, itémque vſucapit ſi à non domino emit, ita & is qui pignora emit ſub haſta, dominus quidem ex cauſſa emptionis factus videri debet ſecuta ſcilicet traditione, ob idque fructuum quoque commodum tanquam dominus tibi proculdubio acquireret etiamſi ſtatuto nihil de ea re cautum eſſet. At non inde fit quominus reſtituto intra ſemeſtre pretio, atque ita reſoluta ipſo iure venditione eos fructus reſtituere debeat debitori, lucraturus eos vtique ſi pretium ſuo tempore redditum non fuiſſet. Nam & quod diximus facta venditione ſub pacto addictionis in diem, fructus interea captos emptorem priorem ſequi toties verum eſt quoties nullus emptor exiſtit qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit, ſin verò extitit emptor, poſterior fructus reſtituere priorem debere conſtat, & quidem venditori *l. item quod dictum eſt 6. D. eod.* quaſi nulla facta venditione quæ ſcilicet ſemel reſoluta conuentionis iure, & poteſtate, pro eo habetur acti facta numquam fuiſſet, in eóque nimirum differt venditio pignorum itémque illa quæ fit ſub pacto addictionis in diẽ, ab ea quę fit ſub pacto de retrouendendo. Nam cùm pactum de retrouendendo interceſſit, non reſoluitur venditio ipſo iure, & ſola conuentionis poteſtate, ſed facto opus eſt, & retrouenditione & retrotraditione, quoniam & conuentionis verba ſic ferunt: Indéque fit vt etiamſi ſecuta ſit retrouenditio, fructus tamẽ ab emptore priùs quàm retrouẽderet perceptos, ab eo reſtitui non oporteat, vt pote quos non poſſit videri nullo iure percepiſſe, cũ eos perceperit ex cauſſa venditionis quę tunc ſubſiſtebat vt ſemper ſubſtitit. Sequés enim véditio ab emptore véditori facta licèt ex ex neceſſitate pacti, nõ magis extinguit, aut perimit priorem quàm ſi eam rem à ſe emptã abſolutè nullóque adiecto pacto de retrouendendo emptor, aut venditori ſuo aut etiam alij vltrò vendidiſſet. Retrouenditio enim, ſecunda venditio eſt non reſolutio prioris. Inter quæ quantum interſit, nemo non videt. At cùm pignus venditum redimitur, nulla traditio aut noua venditio fit, ſed hoc ipſo quòd emptori pretium reſtituitur cum legitimis acceſſionibus, venditio quæ fuerat non ſolùm contracta, ſed etiam perfecta reſoluitur ipſo iure, & dominium emptori quæſitum ad debitorem ſuo marte recurrit. Ex quo illud etiam fit vt nulla hoc caſu venditionis laudimia debeantur, ſecuta redemptione intra legitimum tempus, quaſi nulla venditione intercedente. Sed incipit laudimiorum obligatio eo tempore quo iam elapſo ſemeſtri certum eſſe incipit venditionem ampliùs reſolui non poſſe. Licèt eo caſu laudimia quæ non niſi propter dominij tranſlationem debentur, præſtanda ſint ei qui tempore addictionis dominium directum habuit, aut ius à domino directo, non autem illi qui eo tempore quo ſemeſtre elapſum eſt, quia verum eſt iam inde ab ipſo addictionis die dominium tranſlatum fuiſſe in emptorem, quamuis non irreuocabiliter. Ex contrario conſtat venditione facta ſub pacto de retrouendendo, iam tum laudimia deberi domino directo, ſecuta verò retrouenditione, alia etiam deberi ſi conſuetudo loci non obſtet, quæ cùm ſeruanda ſit, plerumque facit vt ex retrouenditione aut nulla, vt apud Sebuſianos meos, aut minora & dimidiata, vt apud Sabaudos debeantur. Eóque iure paſſim Senatus noſter vtitur. Denique cùm pignora redimuntur, non tam redimi

quàm

quàm lui videntur, tametsi verum sit pignoris ius extinctum fuisse ex quo quæsitum est creditori dominium quia non potuit ei res sua esse obligata *leg. penult. §. vltim. D. de except. rei iudic.* Sed lui dicuntur, quia sola pretij & legitimarum accessionum oblatio perinde dissoluit ius omne creditoris, acsi solum pignoris vinculum fuisset. Nam & sic dicimus eos qui ab hostibus redempti sunt, quoad exsoluatur pretium magis in causam pignoris constitutos quàm in seruilem conditionem detrusos videri *l. 2. C. de postlim. reuers. l. si patre 15. l. si quis ingenuam 21. D. eod.* Et tamen certum est constitutionem quæ de redemptis lata fuit, eum seruum qui redemptus est facere redimentis *l. in bello 12. §. si quis seruum & seq. D. eod.* Nimirum quia intra legitimum tempus offerendi pretij facultas priori domino supersit, vt ibidé Thryphoninus ait, eáque oblatio luitio magis quàm noua emptio aut redemptio dici debet, vt Vlpianus loquitur in *d. l. si patre redempto.* Consequens igitur est superioribus vt emptor omnes eos fructus quos ex pignore vendito, sibique velut in diem addicto percepit, perinde debeat restituere debitori intra semestre luenti, acsi nulladum facta venditione pignus lueretur. Idem enim beneficio statuti ius manet debitoris post addictionem intra tamen semestre tempus, quod fuit ante addictionē: nec plus iuris habet extraneus emptor quàm creditor ipse ad impediendam pignoris luitionem, quia quòd extraneus potiùs quàm creditor emerit, deteriorē facere debitoris conditionem non potest. Nec est contrariū quod statuti verbis nominatim cautum legimus, vt fructus post addictionem percepti spectent ad emptorem. Nam & idem, vt diximus, proditū est de emptore cui vendita res est sub pacto addictionis in diem *d. l. 2. de in diem addict.* neque tamen ea res excludit quominus emptor eos fructus restituere debeat venditori resoluta quandocunque venditione *d. l. item quod dictum 6. eod.* Atque ita statutum intelligendum esse ex eo apparet, quod eo ipso cautum etiam est, vt semestre luendis pignoribus datū incipiat currere à die addictionis, nec proinde de aliis fructibus sensisse videri potest, quàm de iis qui intra proximum illud semestre percepti sint. Atqui non possunt intra semestre illud percipi nisi qui iam tùm cùm venditus & addictus fundus fuit, in fundo fuerint & pars fundi. Non enim fructus tantùm pendentes videntur pars fundi *l. fructus pendentes 44. D. de rei vindic.* Sed & fundi esse intelligitur, quicquid terra in se tenet *l. fundi. 17. D. de action. empt.* & quod *dicta l. fructus*, tractat de fructibus pendentibus non fit hac parte ad differentiam satorum nōdum pendentium, vt quidam putant, licèt magis eleganter & propriè pendentes dicantur, qui iam sunt maturi, sed tantùm ad differentiam perceptorum, & à fundo separatorum. Itaque fructus illi ad emptorem pertinent non tanquam fructus rei venditæ, quos necesse sit ipsius rei dominium & dominium sequi, sed tanquam ipsi venditi, cùm vtique nemo sit qui non pluris æstimet fundum ex quo fructus intra semestre speret, quàm si nullos eo anno speraret. Igitur restituto pretio satis consulitur indemnitati emptoris, etiam quod ad fructus attinet, dummodo vsurarum sicut & cæterarum accessionum ratio habeatur. Etsi autem à statuto hactenus contraria lege recessum est, quod hodie semestre illud non à die addictionis, &, vt statutum loquitur, expeditionis computatur, sed à die missionis in possessionem. Non eo minùs tamen rectum etiam hodie est argumentum quod à statuto

dicitur, ratione fructuum, quandoquidem statuti potissimũ autoritate nitũtur qui fructus emptori aut in totum, aut pro rata temporis adiudicant.

ERROR IV.

Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis.

QVOD obiter superiore capite diximus, si alius fuit dominus directus, aut à domino directo causſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori addictum est, alius verò eo tempore quo semestre luendis pignoribus venditis præstitutum præterierit, laudimia ei deberi qui anterioris temporis ius habuit, non ei qui posterioris, certissimi quidem iuris est, præsertim post senatusconsulta in hac re reddita, quæ dubitationem omnem sustulerunt, sed tamen non ita facile pragmaticis omnibus cognitum, nec iis ipsis quibus cognitum est, qua ratione admitti debeat, satis persuasum. Non enim desunt, qui in contrarium disputent eius potius temporis rationem in adiudicandis laudimiis habendam esse quo dominiũ irreuocabiliter, vt loquuntur, acquiratur emptori, quod non priùs euenit, quàm elapsum sit semestre intra quod luendi ius saluum est debitori. Nam etsi laudimia debentur ob solam dominij translationem quam porrò constat fieri ex ipso die addictionis, & ante lapsum semestre, cùm tamen ea translatio sic facta sit vt sola pretij & accessionum restitutione intra legitimum tempus secuta, non solùm traditio, sed ipsa quoque venditio ad nihilum deducatur, non videtur satis habere virium ad inducendam obligationem laudimiorum, nisi à quo tempore incipit non posse reuocari. Eiúsque rei fortissimum argumentum illud præbet, quod omnes fatentur & verissimum est, si intra semestre luitio facta sit, laudimia nulla deberi, licét non eo minùs verum sit, trãslationem dominij aliquando factam fuisse, quia illud etiam verum est sic factam esse, vt postea ipso iure fuerit resoluta: Annon igitur maior ratio est, vt ei debeantur qui sit dominus directus aut à domino directo causſam habeat eo tempore quo sic perficitur, & confirmatur venditio, vt neque resolui, neque reuocari ampliùs possit? Magna sanè & ardua obiectio est, quam vix possit meo iudicio dissoluere qui non in prudentum melius quàm in pragmaticorum scholis & subtilitatibus sit versatus. Addunt pragmatici, venditionem hanc pignorum, cùm luitione intra constitutum tempus secuta resolubilis sit, vt ita loquar, perinde habendam ac si facta esset sub conditione illa si intra semestre pignus non luetur. Vt inferant conditionis euenientis potiùs quàm contractus ii iti tempus spectandum esse. Etsi enim non ignorant in cõditionalibus quoque stipulationibus spectari solere tempus quo contractum fuit, non quo conditio euenit *l. si filius familias 76. D. de verbor. obligat.* Id tamen cũ ea ratione fieri putent quòd conditio quandocũque existens ad tempus contractus retrotrahatur ex *l. qui balneum 9. & l. potior 11. D. qui potior. in pignor. hab.* negãt locũ habere posse in proposito, quia cõditio illa *Si pignus intra semestre non luetur* est potestatiua, vt loquuntur, quãdoquidẽ est in potestate debitoris vt pignus luat aut nõ. In quo genere potestiuarũ conditionum receptum

est

eſt vt numquam retrotrahantur in præiudicium tertij cui medio tempore ius quæſitum eſt, quaſi medio inhabili conſtituto quod habile eſſe deberet ad inducendam retroactionem. Ne alioqui in poteſtate debitoris ſit creditoris ſui deteriorē facere conditionem. Sed ratio hæc in multis peccat. Et in eo primùm quod venditionē hanc pignorum ideò ſub conditione contractam videri vult, quòd ſit reſolubilis ſub conditione. Multū namque intereſt an venditio ſub conditione contrahatur, an ſub conditione reſoluatur, vt Iureconſulti tractat in venditione facta ſub pacto addictionis in diem aut legis commiſſoriæ *l. 1. & 2. D. de in diem addict. l. 1. & 2. D. de leg. commiſſ.* Hæc de qua agimus proculdubiò contrahitur purè, cùm neque mora neque conditione ſuſpendatur, licèt ſub ea conditione reſolui poſſit, ſi intra ſemeſtre pignus luetur. Itaque fruſtra quæras an conditio ſit poteſtatiua, an caſualis, aut mixta, quæ tres conditionum ſpecies ſunt, itémque an retrotrahi debeat necne. Sed tamen illa etiam ratio hæc pragmaticorū improbabilis eſt, quòd ex interpretum ſententia tractat de conditionibus retrotrahendis. Nam cùm conditio quælibet priuſquàm exiſtat nihil niſi priuatio ſit, poſtquam verò extitit ne quidem priuatio ſit, non magis fieri poteſt vt exiſtens retrotrahatur, quàm vt quod non eſt, ſit aut eſſe videatur, quandoquidem & ipſa priuatio nihil aliud quàm nihil eſt, vt pluribus contra interpretes diſputauimus *lib. 15. Conieſtur. cap. 6. & 7.* Tertia pragmaticorum ratio affertur quòd addictio illa quę ſit ſub haſta, adeóque miſſio in poſſeſſionem quæ ſequi ſolet, comparanda videatur primo decreto, adiudicatio verò illa quæ poſt elapſum ſemeſtre fieri ſolet, ſecundo decreto: nam & decreti interpoſitio à pragmaticis appellatur, poſt quam nullum luendi ius ſupereſt debitori. Certum autem eſt non ex primo decreto dominium acquiri, ſed ex ſecundo. Quod ſi ita eſt, illud etiam conſequens videtur, vt laudimia, quæ, vt diximus, propter dominij tranſlationem debentur, non priori ſed poſteriori domino aut conductori debeantur. Sed ridicula quoque hæc ratio eſt, duabus potiſſimùm de cauſſis, quarū vna illa eſt, quod nihil commune aut ſimile habet huiuſmodi vēditio & decreti interpoſitio cum primo & ſecundo decreto de quo Iureconſulti quibuſdam locis tractant, vt ſequenti capite dicemus. Altera quòd dominium pignoris ſub haſta venditi irreuocabiliter acquiritur emptori, non per illam interpoſitionem decreti quod illi ſecundo decreto comparant, ſed per ſolum lapſum temporis, id eſt ſemeſtris quod luendis pignoribus præfinitum eſt, licèt nondum decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes, quia nec niſi poſt elapſum ſemeſtre decreto confirmari poſſunt. Illa tamen ratio pro ſecundo domino aut conductore multum vrgere videtur, quòd dominium ex addictione emptori quæſitum, non niſi poſt lapſum ſemeſtre, irreuocabiliter quæſitū intelligitur. Eo autem tempore non videtur res eſſe integra vt iam inde à die addictionis dominium planè & irreuocabiliter quæſitum eſſe retrofringatur, obſtante nimirum eadem ratione, quæ conditionis poteſtatiuæ retroactionem impediret ſi conditio alioquin retrotrahi poſſet, quod alteri medio tempore ius quęſitum ſit. In eóque tota huius quæſtionis difficultas conſiſtit. Impugnat enim apertiſſimè & validiſſimè rationem illam, quæ vna pro priore domino & conductore facit, quod iam inde à die addictionis perfecta venditio, pignoriſque dominium in emptorem tranſlatum intelligatur. Reſpondendum eſt ſubtiliter quidem, ſed tamen verè, & ex ipſuma iuris ratione, imò verò eſſe omnia integra, quia nec quicquam iuris videri poteſt quæ-

iitum posteriori domino aut conductori priusquàm semestre totum præterierit, quando nec antè laudimia debentur. Atqui vltimo semestris instanti & consequenter priusquàm semestre præterierit(vltimum enim illud instans semestri necessariò computandum est) certum esse incipit non posse luitionem pignoris fieri intra tempus constitutum,quoniam solutio & numeratio debiti quam præcedere necesse est ad luendum pignus,consistit in facto, & quidem in facto hominis, quod vnico instanti perfici non potest arg *l. vlt. D. de condic. instit.* Ex eo igitur instanti,ac proinde re adhuc omnino integra incipit dominium absolutè & irreuocabiter ei quæsitum esse cui pignus fuerat venditum & addictum. Non enim sicuti necesse est totum semestre,id est vltimum quoque semestris instans præteritum esse vt incipiat præstandorũ laudimiorum obligatio,(quia prius est vt initio fieri posse desierit, neque verò eodem instanti vtrumque fieri potest , vt & caussa nascatur & effectum producat) ita dici potest necessarium esse vt instans illud præterierit ad irreuocabilem acquisitionem dominij , quod scilicet iam anteà fuit quæsitum, nam vt reuocari non possit in priuatione & in solo temporis lapsu consistit non in facto, ideóque vnico instanti iecommodè id fit, nec naturæ aut hominis factum vllum requirit: inde fit vt vltimo semestris instanti verum sit dicere dominium emptori ex addictione irreuocabiliter quęsitum esse. Neque tamen verũ sit dicere laudimia iam deberi, sed tantùm debita iri , quia prius quoque est vt dominij acquisitio sit irreuocabilis, aut vt meliùs loquar , irresolubilis, quàm vt ob eam laudimia vlla debeantur, cùm ea irreuocabilis acquisitio dominij velut caussa sit quæ producit laudimiorum obligationem tanquam effectum. Sed etsi eodem instanti vtrũque fieret vt & dominij acquisitio irreuocabilis esse & laudimia deberi inciperent, non eo minùs tamẽ res integra videri deberet ad confirmandum ius prioris domini , vel conductoris, quia ad excludendum posteriorem sufficit nihil eum iuris habuisse in petendis laudimiis medio tempore, id est à die addictionis & quæsitu per addictionem dominij ad eum vsque diem quo cœperit facta esse irreuocabilis acquisituo dominij quæ fuerat antea reuocabilis.Ita enim apparet esse omnia integra,nec medium vllum inhabile esse quod ab extremo à quo ad extremũ ad quod liberum impediat regressum. Atque hæc vera veri iuris ratio est quam ex pragmaticis etiam illi ignorant qui vt benè sentiant casu magis quàm ratione mouentur.

ERROR QVINTVS.

De interpositione decreti quæ fit antequàm semestre præterierit.

PECVLARIS hic error est meorum Sebusianorum, quibus tantò magis æquum est à nobis consuli peculiari quodam iure.Qui enim apud eos præcipua pragmaticorum laude floruerunt,iampridem induxere, vt eodem libello petatur missio in possessionem pignorum vẽditorum, & interpositio decreti vt subhastationes ritè rectéque factæ perfectæque pronuntientur. Quæ res apertè pugnat cum lege nostra prouinciali quæ de toto iudiciorum ritu & ordine breuiter nec obscurè aut incomptè scripta est. Habet enim disertis verbis non

bis, non priùs petendá esse decreti interpositionem, quam semestre præterierit, cuius tempora non nisi à die missionis in possessionem currere incipiunt, cùm olim curreret à die addictionis, & vt statutum loquitur, expeditionis. Fieri ergo non potest vt eodem libello ac eodem tempore, & missio in possessionem & interpositio decreti iure postuletur. Scio pragmaticos Sebusianos vt huic obiectioni occurrant solere obseruare vt tam in libello quàm in sententia quæ intra semestre decretum interponit, adiiciant clausulam hanc *saluo luendi iure quod intra semestre competit ex statuto*, & eum erroris sui colorẽ quærere, quòd hac viâ fiat vt vtraque quæstio & missionis in possessionem & interpositionis decreti citiùs expediatur. Sed tamen præter id quòd offendunt in legem, quæ sicuti scripta ita seruanda est quátumuis dura *l. prospexit 9. D. qui & à quib. manumiss.* faciũt etiam iniuriam debitori cui duobus modis lex fauere voluit, commiseratione vt puto inopiæ, quæ debitores plerumque impedit ne intra semestre possint luere pignus, aut præsenti oblatione facere ne pignora distrahantur. Nam cùm semestre illud statutarium breuius videretur quàm vt misero debitori ad conquirendas & explicandas pecunias sufficere posset si à die addictionis & expeditionis vt statutum volebat computaretur, visum est æquius, vt non nisi à die missionis in possessionem quæ aliquando expeditionem longo sequitur interuallo, currere inciperet, quò laxiùs & indulgentiùs cum debitore ageretur. Elapso autem semestri, atque ita luendi iure ordinario pignoris amissa facultate, adhuc tamen debitori succurrendum esse placuit hactenus vt si quid in subhastationum forma peccatum sit, decreti interpositio prohibeatur, perindéque luendi pignoris facultas supersit, acsi semestre nondum præteriisset. Ita fit vt luendi pignoris tempora nonnumquam duplicentur, magno sanè miseri debitoris cõmodo, cuius bona vt plurimùm vel viliſſimo vel saltem minore & viliore quàm par sit pretio venduntur, vt tanto plus laborandum habeat in pecunia conquirenda & dimittendo creditore. Nam & statuto idipsum permissum est, dum ne duplum excedatur. Dices debitorem contra quem interpositio decreti postulatur antequàm semestre præterierit, perinde posse de subhastationum viribus & nullitate contendere, atque si semestre iam præteriisset: Proinde nihil eius videri interesse an citiùs an tardiùs de interponendo decreto quęratur. At respondeo, Rectè id equidem dictum iri si ad impediẽdam decreti interpositionem nihil aliud exigeretur nisi vt in subhastationum forma peccatũ esse appareret. Sed quoniam illo etiam casu quo perperam factę sunt offerendum est debitum, adeóque obsignandum priusquàm ad eas impugnandas debitor admittatur dũ ne pro indebito factę sint, nemo non videt iniuriam fieri maximam debitori si antequàm semestre præterierit, vrgeatur ad pecuniam conquirendam & obsignandã. Præter id quod nec modicum in eo damnum debitor sentit si de subhastationum iure & viribus litẽ suscipere cogatur priusquàm sit necesse. Quid enim si habeat vnde pignus intra semestre sit luiturus? Quęnam vtilitas erit totius litis de nullitate subhastationum & interponendo decreto institutę, siue pro debitore iudicatum sit, siue pro creditore? Et tamen habet plerumque ea quęstio difficultatem & sumptuum materiem maximam, vel ob emolumentum illud quod pro iudicato pendi solet. Sed etsi tam inops esset debitor vt certum propemodum esset non luiturum pignus intra tempus constitutum,

Digitized by Google

quod tamen vix eſt vt certum eſſe vnquam poſſit, nihilominus eius intereſſet non tam citò decretum interponi, cùm ſubhaſtationes minùs ſolenniter factæ ſunt: Vel ob hoc ipſum vt præterito ſemeſtri nouam haberet dilationem intra quam luere concederetur. Quamuis enim luendi vis poſt ſemeſtre intercidat cùm ſubhaſtationibus ſua vis & forma ineſt, ſi quid tamen in iis peccatum ſit, tantùm ius luendi durat quandiu decretum interpoſitum non eſt, ad 30. vſque annos. Nec quod obſignationem fieri neceſſe eſt ad impugnandas ſubhaſtationes, impedit quominus ea obſignatio fieri quandocunque poſſit quouſque ad ſententiam perueniatur. Nam & plerumque ſolent iudices cùm obſignatio nulla præceſſit, ſi vitio aliquo ſubhaſtationes laborare videant, nõ quidem pro debitore iudicare, id eſt decreti interpoſitionem denegare, ſed ex ſumma æquitate tempus ſtatuere duorũ aut ad triũ, aut ad ſummũ ſex menſium pro debitæ quantitatis, & perſonarum conditione, intra quod debitori luitio permittatur ſoluto debito cum legitimis acceſſionibus & ſumptibus litis, hoc tamen addito, vt ſi non intra illud tempus luitio facta erit, decretum ex nunc prout ex tunc interpoſitum eſſe intelligatur. Sic enim fit vt & miſero debitori & iuſto creditori eàdem ſententiâ conſulatur, oblata vtrique indemnitate.

ERROR SEXTVS.

De primo & ſecundo decreto.

PRAGMATICIS frequens mentio eſt primi & ſecundi decreti, nec tamen quid his verbis ſignificetur, benè vt puto exploratum. Nam primum decretum vulgò intelligunt, interlocutionem illam iudicis quæ fit ſine cauſſæ cognitione poſt perfectas ſubhaſtationes, de mittendo emptore in poſſeſſionem pignorum venditorum. Secundum verò illud quod fit cùm pleniſſima cauſſæ cognitione, quando poſt elapſum ſemeſtre illud de quo proximo capite ſcripſimus, ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiantur. In quo ſanè errant manifeſtiſſimè, & oſtendunt ſe nec quid decretum, nec quid primũ & ſecundum decretum ſit, intelligere. Decretum enim Iureconſultis nullum omnino eſt ſine cauſſæ cognitione: idque ipſa nominis ſignificatio euincit. Decernere namque Latinis nihil aliud eſt, quàm propoſita dubitandi & deliberandi occaſione in vtram partem ſtatui quid debeat, in hanc tandẽ aut in illam ſic deſcendere vt certi aliquid ſtatuatur, quod certè fieri nequit, ſi alterum duntaxat ex litigatoribus iudex audiat. Vnde illud eſt, quod Iureconſulti ſæpiùs tradunt, vbi decretum neceſſarium eſt non poſſe rem de plano, & per libellũ expediri *l. nec quicquam 9 §. vbi decretum* D. *de offic. procõſ. l. omnia quæcunque* 71. D. *de regul. iur.* Atqui interlocutio illa de mittẽdo emptore in poſſeſſionem pignorum venditorum, quam pragmatici primum decretum vocant, fit ſine cauſſæ cognitione, & per libellum expeditur, & apud iudices inferiores habet plerũque adiectam clauſulam interceſſionis quam iuſtificatiuam vocant, *niſi quis ſe opponat*, per quam fit vt ſi is ipſe qui debitor eſt, & cuius pignora vendita fuerunt, velit intercedere, audiendus ſit, non ſecus quàm ſi ex interlocutione iudicis vocari tãtùm iuſſus fuiſſet, cauſſam dicturus quare non ea

non ea missio in possessionem concedi deberet. Id enim est quod pragmatici dicunt, huiusmodi decretâ quæ habent clausulâ iustificatiuam, secuta intercessione, & vt loquuntur, opportune resolui in simplicé citationé, vt & *Bartolus* tractat in *l. de pupillo §. §. meminisse. D. de oper. nouu nunciat.* quoniam nec alioqui cũ iuris ratione conuenirent quæ non patiũr vt incipiatur vnquam ab executione, sed tantùm à citatione. Ideóque dicitur clausula illa *iustificatiua* quasi iustam faciens interlocutionem quæ alioquin iusta non esset. Quamquam non ignoro apud Senatum nostrũ aliter quàm apud inferiores iudices hac in re obseruari, propter autoritatem, vt puto, eorum quæ supremo magistratu iubente gesta sunt. Solet enim Senatus si quando in iudicati executionem pignora capta & distracta fuerint, eáque missio in possessionem demũ petatur, inspicere ex actis subhastationũ an quid in iis peccatũ sit pœne, &, si peccatum videat, nihil aliud decernit nisi vt debitor vocetur ad subhastationes aut cõprobandas aut impugnãdas. Sin omnia rite rectéq; gesta sunt, concedit petitam missionẽ, nec debitori ipsi qui iam cõdemnatus est saluã relinquit intercedendi facultate, sed aliis tantùm si qui erunt tertij, necdũ auditi qui intercedere volent: licèt alias casibus, id est nulladũ secuta condemnatione non soleat Senatus nostер eas literas, vt vocant, missionis in possessionem concedere, ne tum quidem cùm agitur ex instrumento guarentigiato, quod ex statuti autoritate vim sententiæ & condemnationis habere dicitur, quasi alienum id à Senatus maiestate & æquitate videatũr, vt permittat incipi ab executione, quamuis addita clausula iustificatiua, cuius apud inferiores iudices vsus his omnibus casibus nec inquus nec inutilis esse existimatur. Etsi verò cùm Senatus decernit vt emptor pignorum venditorum in eorũ possessionem mittatur, nõ nisi caussa cognita id facit, hoc est visis inspectisque subhastationibus, non ideò tamen fit vt decretum illud dici debeat, quia fit inaudito debitore, & per libellũ ea res expeditur, vt proinde dici verè possit nec caussæ cognitionem vllã hîc interuenire. Caussæ namque cognitio nulla interuenire videri potest in iis rebus quæ altera duntaxat parte præsente & inaudito aduersario constituuntur. Et hæc de primo illo decreto dixisse sufficiat. Quod verò ad secundum attinet, fateor interpositionem illã decreti, quæ fit cùm elapso semestri tempore luendis pignoribus dato subhastationes ritè rectéque factæ pronuntiantur, non fieri nisi plenissima caussæ cognitione præcedente, ob idque decretum illud verè & propriè dici debere, sed nego secundum decretum esse, cùm prius alius nullum sit, nego simile quicquam aut cõmune habere cum decreto quod prudentibus secundũ dici solet. Video Iureconsultos duplicis huius decreti mentionem facere duplici tãtùm casu. Vnus est si agatur ex caussa damni infecti. Is enim ordo à prætore seruatur, vt si is cuius ædes ruinam minantur, cauere nolit de damno infecto, iubeatur vicinus mitti in possessionem earũ ædium, non quasi suarũ, nec vt eas reficere possit, aut stabilire ne corruãt, sed vt tædiolongæ possessionis extorqueat cautionem, per quam possit cõsuli vicinarum ædium indemnitati. Quòd si perseueretur non caueri, quia nulla in eam rem actio iure ciuili cõparata est, neque verò comparari potuit, per quam cogeretur dominus vitiosarũ ædium, earũ nomine cauere, tùm verò prætor caussa per se ipsum plenissimè cognita decernebat vt ædes illę quæ ruinam minabantur fierent in bonis vicini, earúmque dominium in vicem cautionis & in pœnam cauerè nolentis, ei cui caueri debuerat addicebat. Ex quo tẽpore factus ille à prætore dominus bo-

nitarius incipiebat ius habere vſucapiendi dominium quiritarium & rem ſibi habere : qui ſenſus eſt §. *Iulianus. l. ſi finita. D. de damn. infect.* nec perceptus, nec perceptu facilis iis qui diſtinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritarij non didiſcerunt: cuius tamen aperta mentio fit ab Vlpiano in Inſtit. & à Iuſtin. in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* extántque etiam in Pandectis complura eius veſtigia vt in *l. quamuis* 75. D. *de iur. dot. l.* 3. D. *de vſuf. adcreſc. l.* §. *vl. D. ſi ex noxal. cauſſ. agat.* Sed omnium elegantiſſimus locus ille eſt quem nos notamus in *d.* §. *Iulianus.* Nam cùm vſucapio nihil aliud ſit quàm adquiſitio, aut vt alij & melius legunt in *l.* 3. *D. de vſucap.* adiectio dominij, fieri non poſſet vt qui iam factus eſſet dominus à prætore, poſſet magis fieri dominus per vſucapionē ſi nō ea duplicis dominij diſtinctio admitteretur. Quod & à nobis in Coniecturarum noſtrarum libris quodam loco latiùs tractatū fuiſſe memini mus. Sed hoc obiter & extra rem ne cui Vlpianus allegatus in *d.* §. *Iulianus*, ſcrupulum aut potiùs crucem præberet. Illud tantùm hîc ſciri volumus, eum qui ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſſionem nolente aduerſario cauere, non ideirco fieri poſſeſſorem, ſed eſſe tantùm in poſſeſſione, quod longè diuerſum eſt *l. quod meo* 19. D. *de acquir. poſſ.* Poſſidere enim nihil aliud eſt quàm ſibi habere vt Theophilus eleganter in Inſtitutionibus diffinit. Hic autem non priùs ſibi habet quàm à prætore dominus ſit conſtitutus, quod ipſum tunc fit, cùm iubet eum prætor poſſidere, & ſibi habere ædes quæ ruinam minantur. Nec tamen ex eo tempore fit dominus abſolutè, & iure quiritium, ſed tum demū cùm vſuceperit. Ex quo apparet miſſionem illam in poſſeſſionem pignorū venditorum de qua tractamus, & interpoſitionē decreti quæ ſequi ſolet, nihil cōmune habere cum duplici illo decreto, imò nec ſimile quidem. Vtrumque enim illud decretū præcedit adquiſitionem veri dominij, vt diximus, in propoſito autē & miſſio in poſſeſſionem & interpoſitio decreti ſequitur dominij adquiſitionē, quę ſcilicet fit per addictionem & expeditionē, iuncta calami traditione, poſt quàm longo vſu & ex conſuetudine obtinuit vtilitatis cauſſa contra iuris rationem vt per calami traditionem ipſius rei venditę poſſeſſio translata eſſe intelligatur. In eóq; errant etiam nunc plerique ex pragmaticis putātes miſſionem in poſſeſſionē quę ſequi ſolet addictione, eſſe loco traditionis, & ob id ſolū fieri vt per poſſeſſionē dominium in emptore trāsferatur. Na imò verò fit vt iudicis autoritas non videatur neglecta in adprehendeda corporali poſſeſſione quę per calami traditione proculdubiò tranſlata videri non poteſt, ſicut nec per cōſtituti clauſula tranſferretur. Cùm enim in huiuſmodi pignorū venditorū factū iudicis ſit factū partis *l. ſi ob cauſſa* 28. *C. de euict. l.* 2. c. *ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* conſequēs eſt vt quemadmodū ciuiliter ageret emptor qui rei ſibi venditę nec niſi fictitio modo traditę corporalē poſſeſſionē adprehēſurus, debitoris voluntatem in eam rem imploraret, ita conuenientius ſit autore iudice mitti in poſſeſſionē corporalē eū qui iudicis autoritate interueniente nō ſolùm nudus & ciuilis poſſeſſor, ſed etiā dominus factus eſt per addictionē, calamiq; traditionē, quàm ſi ſuo iure ſuáq; autoritate corporalē illam poſſeſſionē inuaderet. Cęterùm iā indè à die addictionis, & calami traditionis dominiū trāslatū fuiſſe intelligi, ex eo cōſtat quod ab eo tēpore fructus omnes ad emptorē pertinent, non alio vtique quàm dominij iure. Item quòd etiam nulla ſecuta miſſione in poſſeſſionem, ſemeſtre tamē illud quod luendis pignoribus datum eſt, ſi ius ſtatuti veteris non nouū inſpicias, currit

à die

à die addictionis, & conſequenter decreto interponendo locus eſſe poteſt, quorum tamen neutrũ commodè dici poſſet ſi miſſio illa in poſſeſſionẽ neceſſaria eſſet ad dominium tranſferendũ. Denique inter eos tranſferendi dominij modos, quos iam olim ius Quiritium agnouit, ſi Vlpiano credimus, fuit adiudicatio propter interuenientẽ iudicis autoritatẽ. Porrò addictio illa quę fit (per apparitorẽ quidẽ, ſed tamen iubẽte iudice) ei qui pluris licitatus eſt: quid aliud quàm adiudicatio quędã iudicis eſt? Neceſſe enim eſt ſententiam iudicis prędcedere quę iubeat pignus diſtrahi, & vltimo licitatori addici, ac proinde quę pignus ei quodãmodo adiudicet, qui pluris fuerit licitatus. Nam & ex quo pignus autoritate iudicis captũ eſt quod pragmatici noſtri dicunt *le bien ſaiſi de gage & reduit ſoubs la main de iuſtice*, poſſeſſio debitori erepta, & vt illi loquũtur, in curiæ manus trãſlata intelligitur: proinde ſicuti traditio ex eo die fieri non poſſet per debitorẽ qui iam poſſidere deſiiſſet, ita nihil neceſſe eſt inducere miſſionẽ in poſſeſſionẽ quæ ſit vice traditionis, cùm calami traditio poſſit ſufficere, ita ferẽte iure curiæ, quę ipſa pro ſe poſſidet nõ pro debitore. Adquiſitio ergo dominij prędcedit miſſionem in poſſeſſionẽ, decretique interpoſitionẽ, quod in cauſſa damni infecti contrà euenit. Sed & primus ille iuſſus cauendi pro ędibus, non rectè decretũ dici poteſt, quę fit ſine cauſſę cognitione, & plerumque per duumuiros & magiſtratus municipales expeditur non per prętorẽ: quia cùm res damni infecti celeritatẽ deſideraret ac periculoſum videretur prętori ſi eam ſibi reſeruaret, maluit delegare aliis duas illas cauſſas ad cautionem pertinentes, id eſt, ex qua parte iubetur cauere is qui vitioſas ędes poſſideat, & ex qua parte ni caueat iubetur aduerſarius mitti in poſſeſſionem. Cętera verò, id eſt vt iubeatur is qui in poſſeſſionẽ miſſus eſt, ſibi rem habere & poſſidere, ſi duretur non caueri, quoniam id maioris momenti eſt, ſuę iuriſdictioni reſeruauit *l.1.l.4.§.duas* D. *de damn. infect.* Idque eſt quod Paulus ſcribit in *l.4.* D. *de iuriſdict.* Iubere caueri prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionẽ mittere magis imperij eſſe quàm iuriſdictionis, id eſt, prętorẽ cùm iubet caueri vicino aut in poſſeſſionem mitti vicinũ, magis imperiosè videri facere quàm iuridicè, quia facit ſine cauſſę cognitione, quam tunc duntaxat adhibet cùm agi videt, non de cauendo pro ędibus, ſed de carendo ædibus, vt eleganter ad eum locum docuit *Ant. Goueanus*. Decretũ igitur nullum in eo verſatur vbi nulla cauſſę cognitio eſt, vt iam probauimus ex *d.l.nec quicquam §.vbi decretum* D. *de offic.proconſ.* Alius caſus eſt in quo videtur Iureconſulti de duplici decreto tractaſſe, cùm creditor mittitur in poſſeſſionem bonorũ debitoris propter aliquam cauſſam ex iis quos prætor expreſſit edicto illo *quib.ex cauſſ.in poſſ.eat.* Nam poſt eam miſſionem in poſſeſſionem ſolet ſequi venditio ex decreto *Tot.tit.* D *e reb.autor.iudic.poſſid.* Et ad hũc caſũ potiùs quàm ad ſuperiorẽ videntur pragmatici alludere, cùm in pignorũ vẽditione duplex hoc decretũ, de quo agimus, cõminiſcũtur. Sed æquè ineptè. Miſſio enim illa in poſſeſſionem fit ex edicto prętoris nõ ex decreto, vt ex eo cognoſci poteſt quod fit ſine cauſſæ cognitione. Vnde euenit plerũque, vt qui ex edicto in poſſeſſionẽ illã miſſus eſt, ob nullã vel ob falſam cauſſã miſſus reperiatur, ideóq; & impunè prohibeatur. *l.1.§.hæc verba.* D. *ne vis fiat ei qui in poſſ.miſſ.eſt.* De quo ſcripſimus *li.15. Conject.cap.6.& 7.* Neque verò ea in poſſeſſionẽ miſſio poſſeſſorẽ facit eũ qui mittitur, ſed tantùm cuſtodem & vt in poſſeſſione ſit, nõ etiam vt poſſideat *l. inter* 38. D. *de adminiſt. & peric.tu.* At miſſio illa, de qua loquimur, facit verũ & corporalẽ poſſeſſorẽ.

Venditio autem quæ ex edicto prætoris sequi solet missionem, licèt fiat cáussa cognita, & prætore ita decernente, nihil tamen adfine habet cum decreto quo subhastationes confirmantur. Decreti enim nostri interpositio non venditio, aliave alienatio, sed venditionis iam factæ confirmatio est. Denique missio in possessionem qua vtimur, sequitur venditionem. Illa verò quam prætor edicto pollicetur præcedit venditionem, & eò tantùm pertinet vt pignus prætorium constituatur, quod nec priùs cõstitutum intelligitur, quàm ventum sit in possessionem *l. non est mirum* 26. §. 1. *D. de pign. act.*

ERROR SEPTIMVS.

De subhastationibus quæ decreto interposito confirmatæ sunt, rescindendis.

INTERPOSITO decreto, atque ita confirmatis subhastationibus, nullus de earum viribus & nullitate quærendi locus debitori superesse potest, etiamsi re vera maximè nullæ sint propter non obseruatam eam formam quę statuto præscripta est, sed cogitur debitor vel à decreto appellare si ab inferiore iudice interpositũ fuit, vel si à supremo magistratu, à quo appellare nõ licet, per viã supplicationis, vt vocát, ciuile sibi prospicere, vt nõ obstante Senatusconsulto, & acsi redditũ nullũ esset de subhastationũ iure ex integro cognoscatur. Quod cùm fit intra tempora quæ porrigendæ ciuili supplicationi præstituta sunt, seruatisque seruandis, sola decreti interpositio rescinditur. Ab subhastationes ipsæ non rescinduntur, quia nec rescindi necesse est, sed nullæ & perperam factæ pronuntiantur, perinde acsi decreto cõfirmatæ nõ essent. Neque verò fieri potest, vt rescindatur id quod nullum est, & ipso iure non tenet. Diuersum est si subhastationes ex eo tantùm impugnẽtur, quòd immodicam læsionem & vltra duplũ iusti pretij cõtineant. Tunc enim ex beneficio *legis 2. C. de rescind. vendit.* rescindẽdæ sunt subhastationes, non etiam ipsa interpositio decreti. Non enim quòd subhastationes ritè factæ sint, aut propter rei iudicatæ autoritatem pro ritè factis habendæ, impedit ne rescindi possint, quam doquidem ea demũ venditio priuata rescindi potest quæ tenet, ac iure perfecta est, nõ quæ ipso iure nõ valet. Idẽ verò ius hac parte obseruatur in venditionibus publicis, id est sub hasta & publica auctione factis, quòd in priuatis, vt ex caussa immodicæ læsionis rescindi possint nisi emptor iustum pretiũ supplere malit *l. si quos* 16. *C. eo. tit. de rescind. vend. l.* 1. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* Nec decreti autoritas aduersatur, quę, vt diximus, tota pertinet ad ius subhastionũ, non ad caussam rescissionis. Etsi autem statuto nostro expressim cautũ est, vt pignora quę venduntur duplũ non excedant, ideoque tentari potest malè & cum vitio factas videri subhastationes, si ex iis debitor immodicè & vltra duplũ lædatur. Plerique tamẽ putant statutũ sic intelligi debere, vt quod ait de duplo nõ de duplo pretij quod plerũque incertũ est, sed de duplo debiti intelligatur. Quia cùm creditori satisfaciendũ sit, nõ tantũ debiti nomine, sed etiã pro accessionibus omnibus, quę interdũ ad magnã vsque quantitatẽ ascendunt, nõ putauit legislator permittendũ vt eo prętextu excedi possit duplũ. Cuius finibus & vsura, & in quoq; quod interest coerceri solet *l. 4. D. de naut. fœn. l. vnic. C. de sentẽt.*

ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer. Sed etſi de duplo iuſti pretij ſtatutũ intelligi deberet, quod ſanè verbis cõuenientius eſt, nõ tamen in eo quid peccatum eſſet nullę ſubhaſtationes dici deberet. Pertinet enim id ad materiem potius quàm ad formam ſubhaſtationum, nec creditoris ſed emptoris dolo ſiue bono ſiue malo fieri ſolet, vt res multo maioris pretij, multò viliore diſtrahatur. Nihilque eſt quod imputetur creditori ſi pignus quod ille diſtrahi curauit, quanticumque ſit pretij, eo precio venditum fuerit, quòd ſit intra duplum, licèt reuera longè duplo plurис res ſit. Itaque ſi aliud nihil vrgeat nõ poſſunt ex hac cauſſa nullæ dici ſubhaſtationes. Nullitas enim ſiue ſubhaſtationum ſiue alterius cuiuſlibet rei ex defectu formæ non ex quantitate materiæ æſtimatur. Vnde illud etiam eſt quod ſi debitor ad impediẽdam decreti interpoſitionem nihil niſi immodicam læſionem alleget, quamuis eam probet, non eo minùs tamen iudex decretum interponere debeat, hoc tãtùm adhibito ex æquitate temperamento, vt intra largius tempus ſalua ſit debitori facultas luendi pignoris, quę alioqui ſtricto iure nulla ſupereſſet. Cuius æquitatis ratio illa eſt, quod etſi iam interpoſitum decretum proponeretur, probata tamen læſio immodica ſufficere poſſet ad reſcindendas ſubhaſtationes: quamquam vix eſt vt hoc prætextu decreti interpoſitionem differre inferior iudex poſſit. Solus ſenatus, cui ſoli poſt Principem & ad inſtar Principis licet inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, vt ait *l. 1. Cod. de legib.* hoc ipſum ex æquitate contra iuris rigorem decernere poteſt, quia & citra reſcriptum principis reſtitutionem in integrum poſſet concedere ſuprema, vt aiunt manu, illo etiam caſu quo alioqui reſtitutio ex reſcripto Principis neceſſaria eſſet. Cùm tamen ſi ex cauſſa immodicæ læſionis ſubhaſtationum nullitas quaſi ex defectu formæ induci poſſet, liceret cuilibet iudici debitorem admittere ad offerendum debitum, & luendum pignus etiam poſt elapſum ſemeſtre, dummodo intra annum trigeſimum ab vltimo ſemeſtris die computandum, quia neque reſtitutio eſſet neceſſaria, neque repugnaret ratio ſtricti iuris, quę non patitur vt perperam & cum vitio factæ ſubhaſtationes decreto confirmentur, parato debitore ſoluere & indemnitatem præſtare emptori, ſiue creditor ſiue extraneus ille ſit. Quod ipſum ideò adieci, quia quantumuis nullæ ſint ſubhaſtationes, non tamen audiendus eſt debitor, ſiue contra creditorem eundémque emptorem agat, ſiue contra extraneum qui ſoluerit creditori, niſi oblato priùs debito cum legitimis omnibus acceſſionibus: ſi modò ſubhaſtationes factæ ſint pro debito, quoniã ſemper imputari magis debitori poteſt cur nõ ſoluerit quod debuit, quàm creditori aut extraneo emptori cur non ritè peracta ſubhaſtatio ſit, quæ nec cœpta fuiſſet ſi debitor quod debebat, vltrò & ex bona fide ſoluiſſet. Sanè poſt triginta annos ab vltimo, vt dictum eſt, ſemeſtris conſtituti, aut decreti interpoſiti die numerandos, nulla de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum quæſtio moueri poteſt, quia & appellandi, & petendæ reſtitutionis, & condictionis exercendæ ſicut & cætera denique iura omnia longiſſimi temporis ſpatio excluduntur: quemadmodum ex contrario quamdiu decretum interpoſitum non eſt, nullitates ſubhaſtationum obiici poſſunt, itémque immodica læſio licèt præterierint ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutum. Ipſum verò luendi ius ſi ſubhaſtationes ritè factæ fuerunt, ſemeſtri illo concluditur, in quid in iis erratum ſit, tamdiu durat quamdiu decretum interpoſitum non fuit, non tamen vltra tri-

gnata annos, à die non addictionis, ſed ſemeſtris elapſi, vt diximus, numerandos. Differt enim ius hoc luendi pignoris ab illo quod omnibus debitoribus competit ad inducendam pignoratitiam aduerſus creditores, quod nulla temporis præſcriptione excludi alio loco defendemus. Non enim in mera facultate, vt illud, ſed in mero iure poſitum eſt. Hæc autem omnia pragmatici vulgò longè aliter quam diximus, accipiunt. Putant enim ſubhaſtationibus non ritè factis, ſed tamen decreto confirmatis, non tantùm decreti, ſed etiam ſubhaſtationum reſciſſionem faciendam eſſe: ſi verò & ritè factæ ſint & decreto confirmatæ, in modica tamen læſione intercedente non tantùm ſubhaſtationes, ſed etiam decretum reſcindi debere, quorum vtrumque falſum eſt. Sed & ſunt qui putent, quandiu decretum interpoſitum non eſt, ius luendi pignoris ſupereſſe, tametſi ſubhaſtationes ritè rectéque factę proponantur, & ſemeſtre præterierit, quod a hac ineptius eſt. Nihil enim prodeſt decreti interpoſitio quod ad luendi ius attinet, niſi cùm ſubhaſtationes minùs ritè factæ ſunt, vt quæ pro ritè factis habentur, eodem quo ſi ritè factæ eſſent iure cenſeantur. Niſi fortè ad hoc ipſum vti ne dubitationi locus relinquatur an ritè factæ ſint. Nemo enim dubitat quin cuiuſque intereſſit ius habere quod per ſe ſententiam iudicis declaratum, potiùs quam quod declarandum ſit. Cæterùm elapſo ſemeſtri ſi ſua ſubhaſtationibus vis & forma conſtet, ius luendi pignoris ſupereſſe nullum poteſt.

ERROR OCTAVVS.

De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſſa enormiſſimæ læſionis.

SIC VT errare illos diximus qui ius luendi pignoris venditi tamdiu debitori ſaluum eſſe volunt quandiu decretum interpoſitum non ſit etiamſi ſemeſtre præterierit & ſubhaſtationes ritè factæ ſint, item illos qui interpoſito decreto, eóq; per iuſtam appellationem aut per in integrũ reſtitutionem reſciſſo negat luendi ius ſupereſſe niſi ſubhaſtationes quę q; reſcindãtur, ita & iaõ̃ vtrũq;, noſtro iudicio, qui ius hoc luendi nõ niſi ſemeſtris temporis ſpatio concluſum perpetuari volũt, deſit in trigeſimũ vſque annum extẽdi ob enormiſſimam læſionem, hoc eſt q. æ ſi vltra beſſem iuſti pretij, etiam poſt confirmatas decreto ſubhaſtationes, adeóque quod magis mirum eſt, etiamſi decreti illa interpoſitio neque per appellationem neque per reſcriptũ principis ad ciuilem ſupplicationem reſciſſa ſit. Hanc enim maiorũ pragmaticorum ſententiam eſſe ſcio cõflatam, ſi licet ex eo errore quem iam nos in ſuperioribus refutauimus, quo exiſtimant iidem pragmatici, in priuatis venditionibus ſi quid venditũ ſit ſub pacto de retrouendendo intra quinquenniũ fortaſſis, aut decenniũ, & enormiſſima læſio intercenerit, ius redimendi poteſtate iuris fieri perpetuum: quod alioqui ex pacto erat temporale, ſic enim à priuatis venditionibus ad publicas argumentantur, eadem moti ratione quòd ex tam grandi læſione præſumptio doli capiatur, propter dolum, qui in re ipſa inest, & quem dolo ex proposito comparari eoſdemque omnino effectus parere volunt. Sufficiet igitur huius erroris refellendi gratia vt ea pro repetitis habeamus, quę à nobis tradita ſunt in ſuperioribus, cùm probauimus, neq; ex enormiſſima læſione dolũ in re ipſa colligi, neq; dolũ qui in re ipſa ſit

dolo

dolo ex proposito cõparari posse. Multò magis verò illud inducti, vt ex caussa huiusmodi lex, ius redimendi, quod fuit temporale, perpetuũ vsquam fiat. Sed illud tamẽ addendũ est. Tametsi ea omnia in priuatis venditionibus verè decernerentur, quod nos negamus, non tamen idem quoque in publicis admittendũ fore: manifesta enim differentia inter publicas & priuatas vẽditiones illa est, quòd in priuatis præcedit tractatus ille de quo in *Iurisconsultæ 8. C. de rescind. vend.* Venditore id agente vt distrahat quanto poterit pretio, emptore contrà vt emat vilissimo. Qui tractatus in publicis venditionibus nullus interuenit, sed sola emptorũ æmulatione debitoris commodũ procuratur tanti res æstimatur quanti vendi, & emptorem inuenire potest. Itaque nulla doli occasio aut materia subest, si non inter creditorem aut apparitorem qui vẽditionem peragit, & emptorem collusio aliqua detegatur. Deinde hoc admisso quòd in priuatis venditionibus dolus in re ipsa ex enormissima læsione inducatur, nemo dixerit purgari eum dolum hoc solo quòd ius redimendi ex pacto relictum sit venditori. Ideoque nec mirum est si pacti, quod ius redimendi temporale, facit ratio habeatur, quominus in trigesimum vsque annum ea facultas extendatur. Nam perinde vrgetur emptor præsumptione doli, ratione pacti, ac ratione ipsius emptionis, vt omnia dolo malo fecisse existimetur. At in publicis venditionibus, quod habet debitor ius luẽdi pignoris intra semestre à die missionis in possessionem, minimè dubium non habet ex pacto cũ emptore inito, sed ex statuto, quod sine vlla pretij distinctione tempus illud constituit pignoribus venditis luendis. Non igitur potest videri emptoris dolus vllus interuenisse in tam breui tẽpore luitioni præstituendo, nec proinde caussa vlla est, cur in ipsius odium à statuti verbis & autoritate recedatur, & semestre in tricennium commutetur. Illud verò longè absurdius est quod hoc ipsum pragmatici admittendum volunt, illo etiam casu quo subhastationes decreto confirmatæ proponantur. Etsi enim verũ est quod superiore capite admisimus, neque ius luendi pignoris quicquam commune habere cum decreti interpositione, si in subhastationum forma nihil peccatum sit, neque decreti autoritatem prohibere quominùs saltem decreto subhastationes ob immodicam læsionẽ rescindantur, fieri tamen nunquam potest vt salua decreti autoritate, nec rescissis subhastationibus, ius luendi pignoris ex quacunque caussa supersit, quandoquidẽ nec de interponendo decreto prius agi potest quàm ius luendi extinctum sit, id est quàm præteritum fuerit semestre luendis pignoribus datum, vt probauimus in errorem quintum. Alioqui quid attineret in id vsque tẽpus elapsi semestris differri caussam & quæstionem interponendi decreti, si etiam post id tempus liberum debitori maneret ius luendi? Ergo cùm interpositio decreti in necessarium antecedens supponat luendi ius extinctum esse, consequens est vt si ob enormissimã læsionem ius illud luendi pignoris quod semestre esse solet, perpetuũ fieri posset, ipsa tamẽ interpositio decreti omnimodo rescindi deberet aut per appellationem, si ab inferiore iudice, aut per ciuilem supplicationem, si ex Senatusconsulto facta proponeretur. Idque meo iudicio tam apertum est, vt in eo comprobando pluribus immorari nihil sit necesse.

ERROR NONVS.

De fructibus pignoris in cuius venditione enormissima læsio interuenit.

ENORMISSIMA lęsione, id est vltra iusti pretij bessem interueniẽte, si priuata venditio facta sit, iam monuimus pragmaticorũ errorem illũ esse, vt putent nullá esse ipso iure venditionem quasi dolo malo extortam, propter dolũ qui in re ipsa inesse creditur, quę illi dolo malo ex proposito prorsus comparandũ esse arbitrantur. Ideoque fructus omnes quosquos & quotquot emptor percepérit, quasi nullo iure, ac sine titulo perceptos venditori restituendos esse, habita duntaxat ratione quincunciũ vsurarũ, siue præstari eas sibi emptor velit, siue cum fructibus à se restituendis cõpensari. Idé verò ius protrahunt ad publicas quoque venditiones, id est quæ sub hasta & publica auctione fiunt, eandem hac parte vt in cęteris ferè omnibus iuris aut potiùs erroris rationem constituentes. Nos ea quæ ad priuatas venditiones pertinẽt, & in prima & superiore Decade satis apertè & luculenter, vt nobis videmur, exposuimus, & quibus machinis inueteratus hic error expugnandus sit ostendimus: superest nunc vt de publicis subiiciamus. In quo illud primùm occurrit quod prox. cap. disputauimus, vix fieri posse, vt cùm res publicè venditur, dolus emptoris vllus intercedat, si neque creditoris qui vrget pignoris venditionẽ, neque apparitoris iudicatũ exequentis dolus & collusio probetur. Neque enim emptor hoc casu cũ debitore contrahit, neque tractatus ille præcedit qui doli occasionẽ & materiam interementes & vendentes præbere solet. Quòd si dolus ex proposito hoc casu interuenire vix vllus potest, multò minùs ferendũ est, vt dolus in re ipsa, si quis ex enormissima læsione induceretur, dolo ex proposito cõparetur. Sed & secũ pugnantia sentire pragmatici videntur. Nam si verũ est quod illi putant, & nos proximè confutauimus, enormissimá læsionem facere vt ius luendi pignoris quod semestris temporis spatio alioqui concluderetur ex verbis statuti, fiat perpetuũ, & in trigesimum vsque annũ extendatur, quomodo fieri potest vt nullo iure fructus pignoris venditi interim ab emptore percepti existimentur? Quid enim referret de luendi iure disputare, nullo scilicet interposito decreto, si subhastationes pro nullis & non factis haberẽtur? Na & cùm dicimus in annũ vsque trigesimũ debitori saluũ luendi ius superesse, illud vtique significamus, ex cõtractu ius habere emptorẽ rei interim retinendæ, & cõsequenter fructuũ ex ea percipiendorũ quam diu luitio nõ fit. Cur ergo cogatur emptor prætextu enormissimæ læsionis eos fructus restituere, quos cũ titulo & bona fide adeoque autoritate præturæ percepit? Nec sanè potest negari quin bonæ fidei possessor sit qui & publicè, & autoritate magistratus interueniente rem cõparauit, & pretũ numerauit: maximè verò si decreto cõfirmatæ sint subhastationes. Potestque imputari debitori cur nõ obtulerit quod debebat ante peractas subhastationes, siue ante præteritũ semestre quod ex statuto cõpetit ad luenda pignora quæ sine iniquo siue viliore pretio distracta fuerũt. Quod si post elapsũ semestre ipsa quoque decreti interpositio accessit, tantò magis imputare debitor sibi debet, cui nõ citiùs petierit restitutione ex causa immodicę lęsionis, quę nostra sentẽtia est, aut cur nõ ex pragmaticorũ errore obtulerit debitũ. At cõtrà tardiùs passus sit emptorẽ sibi rẽ habere, ex eisq; fructus percipere: quid si addá quod nondũ dicere sum ausus, Beneficiũ *legis 2. C. de rescind. vend.* ad publicas venditiones pertinere non posse? Nam cur ò aliter competat quàm si læsio interuenerit vltra dimidiam iusti pretij? Iustum autem pretium idem sit quod commune, id est, quod non ex huius aut illius affectione, sed ex communi hominum existimatione constituitur

l. pretia

l. pretia rerum 63. *D. ad leg. Falcid.* planè non video qua ratione fieri poſſit vt non commune pretium videri debeat, quod ex publica venditione redactũ eſt. Inde namque illud etiam eſt quod dici ſolet tanti eſſe ré quamlibet quanti vendi poteſt, quanti verò vendi quid poſſit, melùs certe ſciri nequit, imò nec aliter quàm ſi publica auctione diſtrahatur. Nam & cùm per teſtes probanda læſio eſt, ij maximè & optimè de communi iuſtóque rei valore teſtificati creduntur, qui eam dicti ſui rationem attulerunt, quòd ſi venditionis tẽpore ea res in publicum vendenda expoſita fuiſſet, tanti venijſſet quanti ab iis eſt æſtimata: Quale tamen nihil dici poteſt cùm venditio publicè facta fuit, niſi cùm aut gratia, aut dolus alius, colluſione interuenit, ad quẽ caſum coarctatas video leges omnes quæ venditionem viliore pretio ſub haſta factã reſcindi poſſe volunt *l. ſi quos* 16. *C. de reſcind. vend. ne ſub nomine*, inquit, *ſubhaſtationis publica locus fraudibus relinquatur*. & ſtatim poſt *vt poſſeſſionibus viliore pretio diſtractis plus exactor ex gratia quàm debitor ex pretio conſequatur*. Idem in *l.* 1. *C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *annor. Si iniuſtam*, inquit, *emptionẽ eſſe perſpexerit, quod pro vitioſo contractu datũ eſt malæ fidei emptoribus reſtitui non oportere*. Malæ fidei enim emptor non eſt niſi qui mala fide, id eſt dolo malo emit: dolus autẽ emptoris qualitate facti nõ quãtitate pretij æſtimatur *d. l. ſi voluntate* 8. *l. dolus* 10. *C. de reſcind. vendit.* Et apertiùs in *l.* 3. *C. de iur. fiſc. lib.* 10. *ſi minori pretio quàm res eſt aperta fraude emptoris vel gratia quæ obligata ſunt fiſco, venierunt*, quo loco verba illa *aperta fraude emptoris* an non apertiſſimè excludũt dolũ illũ præſumptũ quẽ interpretes & pragmatici inducũt ex ſola enormiſſima læſione? Adde *l.* 2. *C. de fid. & iur. haſt. fiſc. eod. lib.* in illis verbis *& quod pretij vilitate* (ſic enim legendum eſt, non vt vulgò *vtilitate*) *ob exiguũ debitum gratioſam emptionẽ in fraudem tuam inutilitatemque rationum mearum aduerſarium tuum commentum fuiſſe dicit*. Ceſſante igitur fraude dolóque malo emptoris & gratia creditoris aut executoris, nihil cauſſæ eſt cur publica venditio vilioris pretij prætextu reſcindatur quantacumque læſio ſit, ſicut ex contrario fraude & dolo emptoris interueniente in extorquenda vili pretio venditione, non diſtinguimus an læſio vltra duplum iuſti pretij adſit nẽcne, ſed omnimodo emptorem tanquam malæ fidei poſſeſſorem condemnamus, vt recepto pretio quod dedit, rem ipſam præciſè cùm fructibus omnibus non ſolùm quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit, reſtituat *l.* 1. *Cod. eod.* Vnde illud eſt quod ſupradictis locis omnibus in quibus tractatur de venditionibus ſub haſta quidem, ſed per fraudem & gratiam factis, nulla diſtinctio adhibetur, quod ad pretij vilitatem attinet, quia nec in priuatis eo caſu diſtingueretur, ſed indiſtinctè dolus vindicaretur æquitate iudicij bonę fidei cui nihil tam contrarium eſt quam dolus *l. ſi dolo* 5. *C. de reſcind. vendit.* At nullo dolo interueniente ſed ſola pretij vilitate, diſtinctio illa in priuatis venditionibus neceſſaria eſt, an venditor ſupra dimidia iuſti pretij læſus ſit an infrà vt illo caſu venditori ſuccurratur, iſto non itẽ. In publicis venditionibus quas ſubhaſtationes vocant, non ſimiliter huic diſtinctioni locus eſſe poteſt, quia cùm ad probanda læſionẽ probanda ſit iuſta & cõmunis æſtimatio, non quæ tunc eſt cũ agitur, ſed quæ fuit tempore ſubhaſtationũ *d. l. ſi voluntate*, dici nõ poteſt, multo minùs verò probari, quòd alia fuerit ea æſtimatio quàm quæ publicâ auctione cõſtituta eſt, quia nec pluris vendi res potuit, cùm in publica vẽditione, vt dixi, nulla gratia, nullus dolus interceſſit. Sed etſi admittendũ eſſet, quod pragmatici volunt, & vſu forenſi receptiſſimũ eſt, ſubhaſtationes perinde ac priuatas vẽditiones reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læ-

Digitized by Google

ſionis, non tamen conſequens fieret vt enormiſſima quoque læſione interue-niente condemnari emptor deberet ad fructuum omnium reſtitutionem, quoniam id non niſi in malæ fidei poſſeſſoribus obtinet *l. neque 15. D. de vſur.* qualis profectò non eſt is qui nihil dolo malo fecit, licèt quanto potuit ſuo cõmodo vilißimóq; pretio cõparauerit, ſiue priuatã ſiue publicam proponas venditionẽ. Quaquã emit qui publicè emit, & hanc fidẽ publica ſecutus eſt hactenus melior conditio eſſe debet, vt ſalte fructus lucretur, propter autoritatẽ ſtatuti, quo nominatim ita cautum eſt, vt ex ſubhaſtationibus ritè factis commodũ fructuũ illius anni tã perceptorum quàm percipiẽdorum emptori acquiratur. Etſi.n. probatũ à nobis eſt in ſuperioribus, ſic intelligi ſtatutum debere ex vera iuris ratione, vt fructus illi emptori acquirantur, ſi luitio pignoris intra ſemeſtre conſtitutũ non ſit ſecuta: eâ verò ſecuta ſimul cũ re ipſa debitori reſtituantur habita tamẽ ratione vſurarũ. Nos tamen eũ nunc caſũ tractamus quo ius luendi nullũ ex ſtatuto ſuperſit, præterito ſcilicet iã ſemeſtri, ſoláq; ei ſalua ſit allegatio immodicæ læſionis ad reſcindẽdã venditionẽ, inter quos caſus permultum ſanè intereſt. Secuta.n. luitione non reſcinditur publica venditio, ſed reſoluitur, & quidẽ ipſo iure; ac proinde in eum ipſum ſtatum reuocantur omnia in quo eſſent ſi véditio facta non fuiſſet. Nulla verò ſecuta luitione, ſed poſt amiſſam luendi facultatẽ reſciſſis ſubhaſtationib. propter immodicã ſiue enormẽ, ſiue enormiſſimã læſionẽ, nõ reſolui dicitur venditio, ſed reſcindi, præſertim eo iure quo vtimur impetrata ex reſcripto Principis reſtitutione in integrũ: Et conſequenter cũ in eũ vſq; diẽ venditio tenuerit, nec reſtitutio hæc ſimilis ſit cęteris quod ad fructus reſtituẽdos, ſed potiùs conditionibus, quia reuera condictio eſt ex lege, vt probauimus *Decade* 8. negari nõ poteſt quin iure ſuo emptor fructus omnes perceperit, eóſque lucrifecerit, ſaltẽ ex autoritate ſtatuti, quãuis poteſtas venditionis deficeret, quæ tamẽ reuera non deficit. Nã ſi quis dicat nõ ſatis ritè factas dici poſſe ſubhaſtationes ſi tam enormis læſio interuenit, hoc iã nos refutatimus, & probauimus vilitatẽ pretij nihil cõmune habere cũ haſtarũ ſollẽnitate, quod & omnũ apertiſſimè & elegãtiſſimè ꝓbat *d. l. 2. C. de fid. & iur. haſt. fiſ.* quę iſta ſeparat, *Duplex*, inquit, *ratio deſideriũ tuũ iuuat, & quòd prætermiſſa haſtarũ ſolennitate poſſeſſiones tuas ex officio diſtractas ſuggeris, & quòd pretij vilitate ob exiguum debitum, &c.* Ideóque ius luendi pignoris ex hac cauſſa ſupereſſe negauimus capite ſuperiore.

ERROR DECIMVS.

De prætorio pignore.

CVM tria ſint pignorũ genera, Cõuentionale, prætoriũ, & iudiciale pragmatici noſtri ſolent hæc duo poſteriora confundere, & pro vno habere: ſicut & prætorẽ habẽt pro iudice, nec quicquã in ore frequẽtius, quã vt prætore autore fieri dicãt quod ſit autore iudice. Ideò fortaſſe quòd de quibus cauſſis prætores olim nõ ipſi cognoſcere, ſed iudices dare ſolebãt, de his ipſis cognoſcere hodie inbẽtur ex *l. 21. C. de pedan. iud.* Ita fit vt quod de prætorio pignore traditũ legimus, nõ priùs id cõtractũ & conſtitutũ intelligi quã ventũ fuerit in poſſeſſionẽ *l. nõ eſt mirũ 26. § 1. ff. de pignerat.* idipſum illi trahãt ad iudiciale. Quẽ errorẽ tolerabilẽ illud facit quod Iuſtinia-

Iustinianus ipse in *l 2. C. de prat. pign.* nō aliter sentisse videtur, cùm duplex tantùm pignus agnoscit, Conuentionale, inquit, vnum quod ex cōuentionibus & pactis hominum nascitur, aliud quod à iudicibus datur & prætorium nūcupatur. Ego verò autim dicere ex iuris ratione & partitè loquentibus, differre pignus prætorium à iudiciali. Prætorium enim illud est quod non nisi ex prætoris edicto constitutum per missionem in possessionem, vt puta si legatorum seruandorum causa, vel veteris nomine, vel ex causa damni infecti missus quis sit in possessionem siue à prætore ipso, siue ab alio magistratu. *l. missio. 12. D. pro empt. l 2. D. pro hered. l. 3 C. ut in possess. legat.* Non addo *siue ab alio iudice*, quia in libris nostris iudex passim à magistratu separatur, tanquā inferior à superiore, quandoquidem iudices olim dabantur à magistratu *l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re iudic.* Itaque si Papinianum consulas, numquā ille pignus prætorium appellabit quod à iudice fuerit constitutum, sed illud tantùm quod a magistratu. De quo & in *d. l. non est mirum* §. 1. *de pignor. actiō.* Iudiciale pignus à prudentibus dictum est, quod ab ipsis iudicibus non à magistratibus constituebatur, cuiusmodi illud erat quod in causa iudicati capiebatur, de quo extat *tit. in C. si caus. iudic. pign. capt. fit.* Separatus & distinctus à tit. *De prator pignor.* Etsi enim à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani vt iudicum à se datorum sententias exequātur *d. l. à Diuo Pio*, vt maior autoritas esset rerum iudicatarum, & paratior earum executio. Non tamen id ita accipiendum est, vt ex eo tempore ipsi per se iudicatum exequerentur, sed vt per alios iudices a se datos id facerent, vt constat ex *d. l. à Diuo Pio* quę tota de iudicibus iudicatum exequentibus loquitur, nō de magistratibus: quos sanè indignum esset capiendis & distrahendis pignoribus occupari. Autoritatem verò ei rei præstare indignum non est, Iudicialis autem pignoris in eo diuersa ratio fuit à prætorio, quod ipsa pignoris capione constituebatur, non missione in possessionem *d. l. à Diuo Pio*, §. *in vendit ione.* & §. *si pignora. & pass.* nec in eo locum habet quod scriptum est in *d.* §. 1. *l. non est mirum*, non priùs constitutum pignus intelligi quàm ventum fuerit in possessionem. Ad prætorium pignus pertinet titulus Pandectarum *Quib. ex caus. in poss. eat.* & qui sequitur *De reb. autor. iudic. possid. vel venūd.* Ad iudiciale *titulus ille C. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* Hodie tamen sublata illa magistratuū differentia, & iudicibus omnibus perinde magistratuū iura nactis, acsi prætores essent, fateor posse non nullè iudiciale pignus quod olim fuit prætorium. Sed tamen illa semper differentia manet quæ iure vetere inter pignus prætorium & iudiciale fuit, quod ex quibus causis olim prætorium constituebatur, non aliter hodie nec priùs constitutum intelligetur quàm ventum fuerit in possessionem. Ex quibus autem causis iudiciale cōtrahebatur, id est captis in iudicati executione pignoribus hodie quoque sola capione cōstituetur, nec missio in possessionem requiretur. Denique prætorij pignoris nomen sublatum est, quia iudices omnes hodie faciunt ea ferè, omnia quæ olim propria erant prætoriæ iurisdictionis, nisi quod in integrum nō restituunt. Sed ius ipsum prætorij pignoris quale olim fuit hodie manet. Iudiciale verò pignus etsi nunc dicitur quod olim prætorium fuit, alio tamē iure censetur id quod ita iudiciale est vt nunquam prætorium dici potuerit, id est quod etiam olim fuit iudiciale, alio verò quod iudicialis nomen duntaxat non etiam vim & effectum sibi sumpsit.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VNDECIMA.

ERROR PRIMVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet.

NVLLAM pragmatici noſtri differentiam agnoſcunt inter fructus & vſuras, ſiue bonæ fidei iudicio, ſiue ſtricto quis conuenatur: Inter ipſa verò iudicia bonæ fidei aut ſtricti iuris vix vllam quoque. Solent enim & fructuum & vſuratum cõdemnationem in omnibus ferè actionibus facere ex die litis conteſtatæ, quòd in iudicio, inquiunt, & per litis conteſtationem quaſi contrahatur, & ab eo tempore debitor in malâ fide conſtituatur. Vnum duntaxat caſum excipiunt in quo vſuras non ſolùm à die moræ, ſed etiam citra morã deberi fatentur, nempe ſi venditor qui rem tradidit ſecutus fidem emptoris nec pretium accepit, agat ex vendito ad pretium, nam cùm emptor rei venditæ poſſeſſionem nactus ex ea fructus perceperit, non dubitant quin æquũ ſit viciſſim vſuras eum præſtare, ex *l. curabit 5. C. de actionib. empt.* ne alioqui & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur *l. 2. C. de vſur. l. Iulianus 13. §. veniunt. D. de actionib. empt.* Quemadmodum ex contrario iniquum eſſet vſuras ab eo exigi qui fructus non percepiſſet *l. liberalitatis 17. §. 1. D. de vſur.* At longè aliter prudentes totam rem hanc definiuerunt. Nam ex contractibus bonæ fidei vſuras deberi volũt à die moræ *l. initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit. l. mora 32. §. in bonæ fidei. D. de vſur. l. in bonæ fidei 13. C. eod. l. Lucius 24. l. die 25. §. 1. D. depoſ. l. 2. C. eod. l. quæro 54. D. locat.* Fructus verò omnimodo, vt loquitur Paulus *in leg. videamus 38. §. penult. D. de vſur.* id eſt etiam citra moram *leg. 3. §. 1. D. de actionib. empt. leg. pro ſocio 38. §. 1. D. pro ſocio. leg. 1. §. hanc actionem 23. D. depoſ. l. 4. §. ſicut autem D. commun. diuid. l. penul. D. fam. erciſc.* vbi tamen obſeruandum eſt quòd lex ait tam in finium regundorum quàm in familiæ erciſcundæ iudicio præteriti quoque temporis fructus venire, nõ ſic accipi debere quaſi inter vtrũque iudiciũ hac parte nihil interſit. Intereſt enim hactenus quòd in iudicio familiæ erciſcũdæ fructus veniũt omnimodo & indiſtincte, vt & in iudicio cõmuni diuidũdo nõ ſecus ac in actionibus ex bonæ fidei contractu deſcendentibus: in iudicio verò finium regundorum ij quidem qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt veniunt. Nam & culpa & dolus exinde præſtantur. Sed antè iudiciũ percepti nõ omnimodò veniunt,

ſed

ſed cum diſtinctione, aut enim bona fide ſunt percepti & cedunt lucro poſſeſſoris ſi eos conſumpſit, aut mala fide, & condici oportet *l.4. §. poſt litem* D. *fin. regund.* Nempe quia finium regũdorum actio licèt in perſonam ſit, tamẽ pro vindicatione eſt *l. 1. eod.* nec magis quàm vindicatio inter bonæ fidei iudicia connumeratur in *§. actionum Inſt. de action.* At in actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt quidem, ſed ij demum qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, non cæteri, veniunt autem officio ſolo iudicis potiùs quàm ex natura iudicij *d. l. videamus* 38. *§. ſi actionem* D. *de vſur.* vbi additur heri hoc ex æquitate, id eſt vulgò receptum eſſe, vt Papinianus loquitur in *l. 2. eod*, licèt illo rationis prætextu quod quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet, vt ibidem Papinianus ratiocinatur. Multum igitur hac parte intereſt inter fructus & vſuras, ſicut & inter ea iudicia quæ bonæ fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellantur. Et differentiæ ratio inter fructus & vſuras euidens illa eſt, quòd fructus cùm ſint naturales rei acceſſiones, ideóque cauſſæ appellatione contineantur, lõgè fauorabiliores ſunt vſuris quæ ex re alioquin ſui natura ſterili, vt Ariſtoteles loquitur, id eſt ex pecunia producuntur. Atqui non eſſent fauorabiliores ſi non ex bonæ fidei contractibus etiam citra moram deberentur, cùm à die moræ vſuræ quoque debeantur. Non eſſent etiam fauorabiliores ſi ex iudicis ſtrictis vſuræ à die litis conteſtatæ deberẽtur, cùm nec fructus niſi ab eo die debeantur. Nam quod per litis conteſtationem, in dolo & mala fide debitor conſtituitur, ad rem non facit vt inducat condemnationem vſurarum, cùm non poſſit dolus aut contumacia rei facere vt obligationis ſubſtantia augeatur, ex qua tamen in ſtrictis iudiciis condemnatio æſtimanda & metienda eſt. Nam nec fructuum condemnationem litis conteſtatio inducere poſſet, ſi non ea ratio æquitatis ſubeſſet ad officium iudicis inducendum, quod quale quid eſt cùm petitur, tale debetur, ac proinde cauſſa omnis, id eſt quicquid habiturus erat actor ſi eo tempore reſtituta illi res fuiſſet, quo nomine naturales tantùm acceſſiones ſignificantur, id eſt naturalem cauſſam habentes, quales ſunt fructus, non etiam ciuiles, cuiuſmodi ſunt vſuræ quæ non tam ex re quàm ex iure percipi dicuntur in *l. ſi nauis* 62. D. *de rei vindicat.* Nec magis ad rem facit quod pragmatici obijciunt, per litis conteſtationem quaſi contrahi. Id enim procedit quod attinet ad rem ipſam quæ debetur & petitur, non etiam ad vſuras quæ non debentur, quæque in conteſtationem & iudicium deductæ videri non poſſunt, præſertim illę, de quibus nunc tractamus, id eſt eius temporis quod ſecutum eſt conteſtationem. Probabilius videri poſſit argumentum quod pragmatici trahunt ex *l. lite* 35. D. *de vſur.* vbi Paulus ſcripſit vſuras currere lite conteſtata. Sed iam docuimus *Decade prima in err. 2.* longè diuerſam eſſe loci illius ſententiam, nec niſi ad eum caſum pertinere quo vſurę ante conteſtationem debeantur. Senſus enim eſt curſum vſurarum non ſiſti per litis conteſtationem, quamuis conteſtatio ſoleat inducere nouationem, nouatio autem finiat debitũ vſurarum *l. nouatione* 18. *l. emptor* 27. D. *de nouat.* Ad voluntariam enim nouationem id pertinet, non ad neceſſariam, quàlis illa eſt quę fit per conteſtationem, quam ideò æquum non eſt actori nocere. *l. aliã* 29. D. *eod. l. cùm ſtipulati* 90. D. *de verb. oblig.* Cęterùm non is Pauli ſenſus eſt vt quo caſu vſurę nullę debebantur, ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis incipiant deberi poſt conteſtationem. Non enim id eſſet currere, ſed incipere deberi. Denique non poteſt pragmaticos iuuare

quod Vlpianus ſcribit in *l. vſuræ 34. eod.* vſuras vicem fructuum obtinere, & meritò non debere a fructibus ſeparari, præſertim in bonæ fidei iudicijs. Nã id non vſque adeò generaliter accipiendum eſt vt falſum reperiatur, cũ negari non poſſit differre vſuras à fructibus etiam in petitione hereditatis, ad quem tractatum ea lex pertinet, vt inſcriptio demõſtrat, nec in eo ſolũ quod dicimus, fructus deberi ex bonæ fidei iudicijs etiam citra moram, vſuras verò non niſi poſt moram præſtari, ſed in illo etiam quòd malæ fidei poſſeſſori fructus poſſunt condici, etiam quos non percepit, ſi percipere potuit *l. 1. C. de fid. & iur. haſt. fiſcal. lib.* 10. imò & quos nec potuit percipere, ſi eos petitor ipſe percipere potuiſſet, non etiam vſuræ quas potuit ex negotiatione lucrari, nec lucratus eſt *d. l. ſi nauis 62. de rei vindicat.* vbi elegans ratio redditur non ſatis bene ab omnibus percepta, quòd imputandum non ſit poſſeſſori ſi pecuniã in hereditate repertam fœnori non collocauerit, quod non niſi ſuo periculo facere potuit, cùm pecunia non eius cuius eſt, ſed eius qui dat periculo fœneretur. Quamuis vecturam nauis contra malæ fidei poſſeſſorem æſtimandã eſſe placeat, quia licèt ſimilis ſit nauis pecuniæ in eo quòd ſui natura etiam ſterilis eſt, & vectura ſicut vſura non naturã peruenit, ſed iure percipitur, in eo tamen differt quòd qui naui vtitur, non ideò nauis periculum præſtare debet cùm pereat ſuo domino, ideóque imputari poteſt malæ fidei poſſeſſori cur naui vſus non ſit. Item in eo differunt vſuræ à fructibus, quòd vt diximus, voluntaria nouatio ſiſtit curſum vſurarum. At curſum fructuum non ſiſtit, aut potiùs non perimit fructuum perceptorum perſecutionem ſi *Iacobo Cuiacio* credimus *lib.* 18. *obſer. cap.* 3. qui id probari putat, ego non item, ex *l.* 4. *D. de vſur.* Quibus differentijs illa etiam meo iudicio addi poteſt, quòd in bonæ fidei iudicijs fructus debentur ex natura iudicij, & obligationis iure, non tantùm officio iudicis, vſuræ verò non niſi officio iudicis, vt apertè ſcriptum eſt in *d. l. quæro* 54. *ff. locat.* Vnde fit vt pretij ſortis, licèt poſt moram ſoluta vſuræ peti non poſſint, quia nulla ſupereſt obligatio cui officium iudicis accedere queat *l. qui per colluſionem* 49. §. 1. *ff. de act. empt.* Fructus autem peti poſſunt, etiam re tradita, quia ſunt in obligatione, cùm obligatio ex bona fide æſtimatur. Quod ideò adieci quia in iudiciis ſtrictis fructus licèt præſtétur à die litis conteſtatę, vt diximus, non tamen obligationis iure aut ex natura iudicii debentur, ſed tantũ officio iudicis, & ex æquitate *d. §. ſi actionẽ l.* 38. *l. neq;* 15. *ff. de vſur.* quia ſtrictæ obligationis natura fructuũ additamenta non admittit. Cur autem aliud in bonæ fidei iudiciis, aliud in ſtrictis obſeruetur, ratio petenda eſt ex iis quæ de iudiciorum differentiis earũque cauſſis ſcripſimus pleriſque Coniecturarum noſtrarum locis, maximè verò *lib.* 15. *cap.* 1. & 2. vide & multa alia peti poſſunt ad maiorem eorum quæ modò diximus, explicationẽ. Sunt autẽ hæc omnia coniungenda cũ iis quę ſupra diſputauimus in erroré illũ pragmaticorũ, quo exiſtimant iudicia omnia hodie eſſe bonæ fidei, aut ſaltem parum referre an iudicio bonæ fidei, an ſtricto quis conueniatur, quo ſtultius & abſurdius dici nihil poteſt. Illud tamen non poſſũ prætermittere, non videri mihi verũ quod iidem pragmatici putant, illo etiã caſu quo venditor fidẽ habuerit emptori de pretio, ſpe futurę numerationis (vt quotidie fit, venditore apocham, emptore verò antapocham conſcribente) condemnandum emptorem ad vſuras à die traditionis. Tunc.n. probabilius arbitror vſuras nullas deberi niſi ex die moræ, ob idque neceſſariam eſſe interpellationem, ſi dies non ſit adiecta, quoniam imputare ſibi debet venditor

cur ita

cur ita contraxerit, fidemque de pretio habuerit, niſi fortè emptor ex pecunia illa negotiatus fuiſſe & vſuras percepiſſe probetur. Quo caſu nulla ei fit iniuria ſi lucrum ipſi eripiatur quod ab alio extorſit, ne alioqui & rei & pretij commoda eodem tempore conſequatur. Eaque, ni fallor, ſententia eſt *legis initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit* quæ ait venditorem, ſi initio venditionis pactus non ſit, vt emptor tardiùs exſoluto pretij vſuras penſitaret, vſuras petere non poſſe niſi à die moræ. Tardiùs enim exſolutum pretium intelligere debemus non quod ſtatim ſolutum non fuit (ſic enim fieri non poſſet vt non ſemper tardiùs ſolueretur) ſed quod in certâ diem promiſſum, nec ea die ſolutum eſt. Habet autem venditor fidem de pretio, qui emptorem admittit vt de pretio intra certum diem ſoluendo ſe obliget. Nam quod nonnulli magis probant vt ea lex intelligatur de emptore qui fructus nullos ex re vẽdita perceperit, non ſolùm commentitium eſt, ſed etiã à iuris ratione alienum: quandoquidem eo caſu neque ex mora vſuræ deberi poſſent, vt diximus ex *d. l. liberalitatis* 16. §. 1. *D. de vſur.* neque verò mora contrahi, quia nihil eſt quod imputetur emptori qui pretiũ non ſoluit quãdiu ſibi res tradita nõ eſt, cùm prior contractum ex parte ſua implere debeat, qui prior ex contractu agit *d. l. Iulianus* 13. §. *offerri. De action. empt.* Atqui lex tractat de ea mora quæ tũc cõtrahitur cùm agente venditore emptor non ſatis facit, aut quę ex ipſo diei lapſu iam contracta ſit. Proinde falſa eſſet euidenter prima pars legis, quæ habet vſuras initio cõtractus promiſſas ab emptore pręſtari debere etiam citra moram (ſic enim accipiendam eſſe priorem partem poſterior demonſtrat) nã conuentio non valeret vt emptor vſuras pretij præſtaret qui ex re vendita non tradita fructus nullos percepiſſet, nec percipere potuiſſet *d. l. 16. §. 1. de vſur. iunct. l. ex empto* 11. §. *vlt. D. de act. empt.*

ERROR SECVNDVS.

De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium.

ACTIO ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſingularia petuntur, non poteſt verè & propriè, dico bonæ fidei, quia bonam fidem cùm dicimus eam, ſignificamus quam alterum alteri præſtare oporteat, & conſequenter eo demum caſu de bona fide quæri poteſt quo naſcitur obligatio ex mutua conuentione, & qualitas negotij eam interpretationem fieri ſuadet quæ ſit ex bona fide. At in teſtamentis non conuentio pluriũ verſatur, ſed ſola teſtantis voluntas, ex qua vna æſtimandum eſt quid ex teſtamento præſtari oporteat. Imitatur tamen hæc actio naturã actionum bonæ fidei in eo quòd pleniſſimas habet pręſtationes, quoniã ea proculdubio teſtatoris volũtas fuit vt quic quid teſtamento legatũ datúmve eſt, pleniſſimè præſtaretur, idque etiã poſtulat fauor vltimarũ voluntatũ. Ideóq; dicimus in hac actione vſuras venire ex die moræ, vt in cæteris omnibus bonæ fidei iudicijs *l. ſi quis bonorũ 23. l. cũ res* 47. *de leg. 1. l. ſi quis ſeruo* 84. *l. Titia Seio* 87. §. *vſuras de leg. 2. l. patr. 35. de leg. 3. l. vſuræ* 34. *ff. de vſur.* Quod ad fructus tamẽ attinet, differt actio ex teſtamẽto à cæteris bonæ fidei iudiciis. Nã cùm in cęteris fructus omnimodo debeantur, *l. videamus* 38. §. *pen. eo.* id eſt, nulla etiã mora præcedente, vt ſuperiore capite explicauimus arg. *d. l. Titia* 87. §. *vſuras de legat. 2.* In actione tamen ex teſta-

mento non debentur nisi à die moræ, nec si heres legatam rem esse sciat quia non ideò scit an legatarius legatum iam agnouerit aut agnituru sit, quòd ex mera ipsius voluntate pendet non ex iure testamenti *l.* 3. *D. de vsur. d. l. si quis seruo.* 84. *de legat.* 2. Nec enim cogitur heres ire ad legatariũ & fideicommissarium vt ei offerat quod testamento datum relictúmque est, sed sufficit vt petenti legatario moram non faciat, eámque rem statim præstet *d. l. cùm res* 47. *de leg.* 1. Qui proculdubio Africani sensus est in *l. quæsitum* 40. *de acquir. rer. domin.* cùm ait heredem non posse rei legatæ fructus suos facere ex quo scit rem esse legatam, nempe si iam tùm fuit agnitum legatum vel fideicommissum, alioqui bonæ fidei possessor heres est licèt legatum aut fideicommissum esse sciat, quandiú ignorat an iure suo vti legatarius aut fideicommissarius velit. Nam est contrarium quod in *l.* 1. *& tot. tit. C. de vsur. & fructib. legat.* scriptum est, tam vsuras quàm fructus siue legatorum siue fideicommissorum deberi à die litis contestatæ. Quod & Iulianus sensisse videtur in *l. quæsitum* 91. *§. vlt. de leg.* 1. Id enim omnimodo sic accipiendum est, si mora non præcesserit, quam vtique constat posse contrahi per interpellationem factam congruo loco & tempore etiam ante contestationem, arg. eius quod non valdè dissimiliter scriptũ est in *l. sed etsi lege* 25. *§. si ante D. de petit. hered.* quod & Accursius benè vidit, & longè melius quàm *Bartolus*, & cæteri qui fructus legatorũ separant ab vsuris, eósque legatario deberi volũt ex die mortis, propterea quòd ab eo tẽpore dominiũ rei legatæ à testatore ad legatariũ peruenisse intelligatur quasi nunquam factũ heredis *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *D. de furt.* lũct. *l. Herennius* 42. *D. de vsur.* In quo quia manifestissimè refelluntur ex *d. l.* 1. *& tot. tit. C. de vsur. & fructib. legat.* vbi scriptum est non ex die mortis, sed à lite contestata tam fructus quàm vsuras deberi siue in rem siue in personam actum sit, coguntur viri boni multò ineptiore & prorsus commentitia interpretatione totum illum titulum ad eum casum coangustare quo res aliena legata sit, cuius proinde dominium quod penes ipsum testatorem non fuit, à testatore in legatarium aut fideicommissarium transire non potuerit. Contra quam sententiam & distinctionem tam multa iam scripsimus *lib.* 7. *Conject. cap.* 3. *&* 4. vt hìc pluribus immorari operæpretium esse non arbitremur. Pragmatici verò in hunc ferè vsque diem, & ab Accursio & à Bartolo aliisque interpretibus dissentientes vulgò existimabant non nisi à die litis contestatæ deberi fructus & vsuras legatorum & fideicommissorum etiamsi mora longo interuallo contestationem præcessisset, nisi testator soluendo legato aut fideicommisso diem præstituisset, quo casu quasi mora ex solo temporis lapsu contracta volebant ex eo die induci debitum fructuum & vsurarũ. Sed etiam sacrosancti & cõsultissimi Senatus nostri auctoritate error hic profligatus est: sępiúsque pronuntiatum si mora contestationem præcesserit, tam fructus quàm vsuras siue legatorum siue fideicommissorum à die morę deberi, non à die litis contestatæ, siue propriæ res testatoris siue aliena fuit quę per legatum aut fideicõmissum relicta est: Nec aliud admittendum esse tametsi in diem certam legatum vel fideicommissum esse proponatur: quia dies aduentus non facit vt hoc ipso constituatur heres in mora si legatum aut fideicommissum non soluat quandiu à legatario aut fideicommissario interpellatus non est, cùm ignorare probabiliter possit an legatarius aut fideicommissarius relictum sit agnituru. Quare nec aliud erit, tametsi testator pręcisè & enixa voluntate iusserit vt ad diem

legatum

Digitized by Google

legatum ſoluatur, in eámque rem bona hereditaria diſtrahãtur. Habet enim voluntas illa quantumcunque expreſſa & eſſicax tacitam conditionem, ſi legatum aut fideicommiſſum agnitum erit, quæ liberalitas, vt habet iuris regula, in mutuum non confertur. Inde quæ obſcure dixi ſimule eſt quod ex teſtamento debetur, ab eo quod ex contractu. Natu ſi quid per contractum etiam tunc iuris, vt puta per ſtipulationem promiſſum in certo die ſoluendum, nec ſolutum ſit, dicimus & fructus & vſuras exinde deberi propter diei ad actionem *l. 3. D. de eo quod certo loco. l. ſi fundum certo die. 14. De verb. obligat. l. ſi Calendis 11. D. de reiudic.* quia cùm contractus duorum voluntate perficiantur, creditor iam ſatis voluntatem ſuam declarauit ab ipſo contractus tempore cùm in diem certam ſtipulatus eſt. Legatarius autem vel fideicommiſſarius quia cùm teſtamentum ſit, ius quod, aut certè cùm etiam cùm præſens eſt, nihil agit, non priùs poteſt ex teſtamento & lapſu diei legato vel fideicõmiſſo adiectæ commodum illud conſequi quam declarauerit ſuam voluntatẽ, vtrum eo iure quod ſibi per teſtamentum & per legem quæſitum eſt vti velit. Vnus tamen caſus eſt, quo fructus & vſuræ debentur ex teſtamento etiam citra moram & à die mortis. Nempe ſi minori annis viginti quinque relictũ ſit. Fauor enim ætatis ius hunc elicuit, vt mora ipſo iure contracta eſſe intelligatur, & in ipſa & ſolo tempore tardæ ſolutionis. Nec tantùm quod ad legata & fideicommiſſa pertinet *d. §. vſuras*, ſed etiã in cæteris omnibus caſibus ad bonæ fidei iudicia ſpectantibus *l. in minorum 3. C. in quib. cauſs. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. curabit 5. C. de action. empt.* Nimirum ſi pupillus cui legatum aut fideicõmiſſum debetur habeat tutorem cui ſolui poſſit, vt eleganter ex reſcripto diui Pij tractat Papinianus *in l. cum quidam 17. §. ſi pupillo D. de vſur.* Quid enim, inquit, imputari ei poteſt, qui ſoluere etiamſi vellet, nõ potuit? Nec ſimile videri poteſt quod placuit minoribus ſuccurri in his etiam quæ non acquiſierunt. Vſuræ enim non propter lucrũ petentium, ſed propter moram ſoluentium infligũtur. Quid ergo ſi puberi quidem, ſed minori annis viginti quinq. legatum aut fideicõmiſſum debeatur, nec minor ille habeat curatorẽ? An idem admittemus quod in pupillo tutorem non habente vt vſuræ non currant? Ità putat *Carol. Molin. de contract. vſur. num. 205.* ſed omnino ridiculè, quia nobis ſicuti pupillo tutorem non habenti ſolui non poteſt, ita & minori qui curatorem non habet ſolui non poſſe rectè quis dixerit. Quidni enim poſſit ſolutionem accipere cùm & ſeipſum obligare poſſit ſine curatore, ſiue curatorem habeat, ſiue non: *l. puberes 101. de verb. obligat.* Quam ob cauſſam reſcriptum diui Pij de pupillo tantùm locutum eſt, & quamuis putet Papinianus perinde producendum eſſe ad eum qui reipublicæ cauſſa, abfuit, nec procuratorem in prouincia reliquit (ſic enim locus ille ex pupilli tutorem non habentis cõparatione intelligi debet) non tamen ſimiliter producit ad minores curatorem non habentes. Nam quod de minoribus ſubiicit generaliter, ſolere iis ſuccurri etiam in lucris quæ non acquiſierunt, non eò pertinet vt pupillorum & puberum minorum eadem hac parte ratio cõſtituatur, ſed vt diluatur obiectio quæ ex communi iure minorum omnium fieri poterat, cùm dubitari non poſſit quin minor ſit is qui etiam pupillus eſt. Sic & Iuſtinianus in *§. nunc admonendi. Inſtit. quib. alienar. licet, vel non*, de pupillo ſolo loquitur, non etiam de minore, cùm ait nõ liberari debitorem pupillarem ſi pupillo ſoluat ſine tutoris autoritate. Et quod interſerit etiam aliquid de curatore, non facit vt ad puberes minores id ius

protrahi debeat, ſed ideò factum eſt quia pupillo tutore habenti fieri poteſt vt etia curator interdū detur: cuius autoritas poteſt etiam ſufficere vt qui pupillo ſoluit liberetur. Sic Paulus in *l. pupillo* 15. *D. de ſolut.* de pupillo ſolo loquitur, nó etiá de minore, ideò denique Imperatores in *d. l. in minorum*, *C. in quib. cauſſ. non eſt nec in integ. reſt.* generaliter loquuntur, id eſt, nó adhibita ea diſtinctione an curatorē habeāt nēcne, quia reſcriptū diui Pij quo inducta eſt eiuſmodi diſtinctio nō ad puberes pertinet, ſed ad pupillos duntaxat, qui licèt ipſi quoq; minores ſint magis tamē propriè & ſpeciali nomine pupilli appellantur, in iis præcipuè cauſſis in quibus vt hīc alio iure puberes, alio impuberes vtuntur. Illud tamen obſeruandum eſt quod eleganter idem Papinianus monet in *d. §. vſuras*, morā illam quæ fauore minoris ætatis inducitur re ipſa ex ſola ceſſatione ſolutionis finiri etiam ipſo iure ſtatim atque completus eſt annus vigeſimus quintus, quaſi ceſſante cauſſa per quam inducebatur: ob idque ex eo tempore neceſſariam eſſe interpellationem vt noua mora cōtrahatur, quam ſemel interueniſſe ſufficiat quò vſuræ perpetuò debeantur. Mora enim ſemel contracta per interpellationem ſemper durat quouſque purgata ſit, quæ verò non niſi fauore ætatis contracta eſt, finita quoque ætate finitur. Sed & ſciendum eſt aliquādiu caſu fieri poſſe vt legatorum ac fideicommiſſorum fructus & vſuræ ex die mortis petatoris debeantur, ſcilicet cùm legato ipſo aut fideicommiſſo continentur, & etiā ſi fructus ipſi quoque relicti ſint per legatum aut fideicommiſſum, vel vſuræ. Non enim eo caſu fructus aut vſuræ legatorum vel fideicommiſſorum dici debent, ſed fructus legatos vel fideicommiſſos, vſuras quoque legatas vel fideicōmiſſas eſſe dicendum eſt. Tunc autem heredis moram explorari oportet, cùm de vſuris fideicōmiſſi quæritur, non de ipſis fideicommiſſis, vt eleganter & ſubtiliter more ſuo Papinianus loquitur in *l. cùm vnus* 19. *§. verbis fideicommiſſi. de alim. & cibar. legat.* Cętera quę ad hunc tractatum pertinent, & ad differentias quæ in hac etiam quæſtione fierunt olim inter legata & fideicommiſſa, ex iis Coniecturarum noſtrarum locis petenda ſunt, quos ſuprà indicauimus.

ERROR TERTIVS.

De fructibus ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione adiudicandis.

QVÆ proximo capite diximus De fructibus fideicommiſſorum, ad ea fideicommiſſa pertinent quę ſunt rerum ſingularum: quorum eadem ratio quæ legatorum iam olim fuit in pleriſque cauſſis *l. 1. de legat. 1.* hodie verò generaliter & indiſtinctè eadem prorſus in omnibus extitit iniani cōſtitutione in *l. 2. C. commun. de legat.* non etiá ad vniuerſalia, quale illud eſt quo quis de reſtituēda hereditate rogatur. Nam quod ad hęc attinet, pragmaticorum error facit, vt alius tractatus eſſe videatur, & ſeparatim proponēda ſit hęc quęſtio, A quo tēpore fructus hereditatis fideicōmiſſarię fideicōmiſſario debeantur. Sunt enim qui putent poſſe *Bartolum conſil.* 33. deberi nō à die morę extraiudicialis, aut litis cōteſtatę, ſed à die oblati libelli, quę prima iudicialis mora dici poteſt. Alij contrà & ex iis qui fideicommiſſorum ſingularium fructus

& vſuras

& vſuras à die moræ per extraiudicialē interpellationem contractæ deberi volunt, fideicōmiſſariæ tamen hereditatis fructus deberi negant, niſi à die litis conteſtatę. Eoque paſſim iure vtuntur, neſcio planè qua lege aut ratione. Nam titulus ille Codicis *De vſur. & fruct. legat. & fideic.* in quo toties ſcriptum eſt fructus & vſuras legatorum ac fideicommiſſorum non deberi niſi à lite conteſtata, præter id quod de fideicommiſſis ſingularibus loquitur, non de vniuerſalibus, ſic quoque interpretandus eſt vt litis cōteſtatæ meminerint Imperatores ad excludendum tempus mortis teſtatoris, non autem moræ tempus quod præceſſerit conteſtationem: id eſt, vt ſignificent non ab eo die quo teſtator deceſſerit fructus aut vſuras legatorum vel fideicommiſſorum deberi, ſed à die moræ, ſiue, quod plerumque fit, mora contracta ſit per interpellationem extraiudicialem, ſiue ſaltem per litis conteſtationem. Vix enim eſt vt nō ſaltem moram heres contrahat, cùm litem cōteſtatur, quamuis in eum vſque diem habuerit probabilem aliquam dubitandi rationem, vtrum legatum vel fideicommiſſum deberetur. Ego non dubito quin fideicōmiſſorum vniuerſalium hac parte idem ius ſit, quod ſingularium, hoc eſt, vt omnium fructus & vſuræ à die moræ debeantur. Sic enim apertè ſcriptum video, non iis tantùm locis quos ſuperiore capite attulimus, ſed etiam quod ad fideicommiſſariam hereditatis reſtitutionē attinet, in *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S. C. Trebell.* vbi Vlpianus ſcribit in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione nō venire fructus, niſi mora facta eſt, aut cùm quis ſpecialiter fuerit rogatus & fructus reſtituere. Mora igitur facta fructus veniunt, moram porrò ante conteſtationem fieri poſſe quis ignorat? Illa tantùm differentia eſt inter fideicommiſſum vniuerſale & ſingulare, quòd ſi per fideicommiſſum relictus ſit fundus, cuius fructus mortis tempore maturi fuerunt, non idcirco fructus illi fideicōmiſſario debentur, ſi ab herede percepti, ſunt ante agnitū petitūmque fideicōmiſſum, quia non ſunt in fideicommiſſo, ſed fundus ipſe ſolus, licèt quandiu fructus in fundo ſunt, pretioſior fundus exiſtimetur. arg. *l. nihil proponi 120. §. vlt. de legat. 1.* At ſi heres de reſtituēda hereditate rogatus fuerit, fructus illi veniunt in reſtitutionem, quia quamuis nō augeant fundi æſtimationem ſimpliciter, ſed tantùm eo tempore inſpecto quo ſunt in fundo, augent tamen hereditatis æſtimationē, vt Paulus ſcribit *in l. in falcidia 9. D. ad leg. falc.* Qui autem rogatur hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, id eſt eā ipſam hereditatē quę quantáque mortis tempore fuit, quo demū inſtanti hereditas conſtituitur, & eſſe incipit. Nec de his fructibus dici poteſt quòd de aliis Vlpianus tractat in *d. l. in fideicommiſſaria*, fructus ab herede ex fetibus hereditatis perceptos non hereditati, ſed rebus ipſis accepto ferendos eſſe, vt inferat, Non igitur venire eos in reſtitutionem. Nam imò hereditati accepto feruntur ij omnes qui hereditatis æſtimationem augent, eo ipſo tempore quo hereditas conſtituitur, non etiam illi qui poſt natam hereditatem accēdunt. Finge fructus in hereditate repertos eſſe moriente teſtatore. Non tam hereditatis fructus eſſe intelligentur quàm particula quędam hereditatis, ob idque eodem quo hereditas ipſa iure cenſebitur. *l. centario 15. D. de vulg. & pup. ſubſt.* Nihil autem interest an fructus in hereditate reperti ſint, an maturi in fundo, quod ad hereditatem augendam pertinet, niſi quòd qui mortis tempore maturi ſunt in fundo, nō tanquā fructus augent hereditatem, ſed tanquam pars fundi, & vt Paulus loquitur in *d. l. in falcidia fundi nomine qui videtur illo in tempore fuiſſe pretioſior.* Id enim

est quod ait *l. fructus pendentes 44. D. de rei vindic.* fructus pendentes fundi partem esse, pendentes si quidem propriè illi sunt qui sunt maturi, nō etiā cęteri qui nondum maturi sunt, licèt fundi quoque appellatione magis quàm parte contineantur *l. fundi 17. D. de act. empt.* Neque enim fructuū nondū maturorū, licèt speretur, certa vlla potest inīri æstimatio, propter innumera quę possunt accidere, & facere ne maturescant. Apparet igitur ex superioribus plenioré esse posse quod ad fructus restituendos attinet, fideicommissi vniuersalis restitutionē quàm fideicommissi singularis, minùs plenā esse nō posse. Quòd si ita est, consequens sit vt cùm ex fideicommisso singulari fructus debeantur à die moræ, multò magis ab eo tēpore debeantur ex caussa fideicōmissi vniuersalis. Quinimò probabilius tentari posset in fideicōmissaria hereditatis restitutione fructus omnes venire etiam qui ante moram percepti sunt, quoniam fideicōmissaria hereditatis petitio easdē præstationes recipit quas hereditatis petitio ciuilis *l. 2. D. de fideic. hered. petit.* sicut & possessoria hereditatis petitio quæ bonorū possessori datur *l. vlt. D. de possess. hered. petit.* Constat autem fructus omnes ex hereditate perceptos, licèt longo post testatoris mortem intervallo, venire in petitionem hereditatis ciuilem, quia hereditas & augmentum recipit & diminutionem cùm sit nomen iuris, siue fructus illi ante aditam hereditatem, siue post aditam accesserint *l. item veniunt 20. §. item non solum & § fructus D. de hered. petit.* Sed respondendū est, fideicōmissariam illam hereditatis petitionem, quæ easdem præstationes recipere dicitur, quas hereditatis petitio ciuilis, & de qua in *d. l. 2. ill. tit.* non eam esse quæ datur fideicommissario contra heredem ad extorquēdam hereditatis fideicommissariæ restitutionē; sed eam quæ restituta hereditate datur fideicommissario contra quem *l.* bet hereditatis possessoré pro herede, aut possessore possidentem. Nam contra heredem rogatū quandiu hereditatē nondum restituat, fideicommissaria hereditatis petitio locum habere non potest, sed in id tantùm agendū est vt fideicommissum restituatur ex Prætoris fideicommissarij in eam rem specialiter constituti iurisdictione: post restitutionē verò nō potest ea actio cōpetere aduersus heredem qui tutus est exceptione restitutæ hereditatis *l. vlt. §. pen. D. eod. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad S. C. Trebell.* Cæterùm alio iure censendus est is qui fideicommissum restituere rogatus est, alioquin à quo fideicōmissaria hereditas petitur post restitutionem: quia heres rogatus quandiu fideicommissi restituendi nomine nō vrgetur, ius habet hereditatis retinendæ nō solùm tanquā bonę fidei possessor, quod sufficere posset ad fructus lucrandos, sed etiam tāquam dominus, cùm heredis appellatio nihil nisi dominū significet. Vnde illud etiam euenit, vt fideicōmissarius vniuersalis quantumlibet heredis loco sit, non tamen fiat ex Trebelliano heres, quia licèt Senatusconsultū possit facere heredē & dominū, vt ex Senatusconsultis Tertyllriano & Orficiano apparet, nō potuit tamē facere vt qui re verā heres erat, heres esse desineret *l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus D. de minor. l. ex quasi soluendo 88. de hered. inst.* multò minùs autem vt vni homini duo heredes in solidum essent. Itaque rursum non est is heres de restituenda hereditate rogatus ipse heres conditione sit quàm is qui fideicōmissaria hereditatis restitutione cōtinetur, quique nullū ius habet possidendi eam, fructúsque exinde percipiendi. Etsi enim generaliter verum est quod diximus fructus augere hereditatem, aliud tamē est tractare de hereditate simpliciter, aliud verò de hereditate restituenda. Fructus augent

here-

hereditatem lucro heredis, ſed non augent hereditatem ex fideicommiſſo reſtituendam, id eſt, non augent fideicommiſſum, quia, vt dictum eſt, quoties quis rogatus hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reſtituere, quod fuit hereditatis, moriente ſcilicet teſtatore: nam nec alia fuiſſe hereditas videri poteſt, quæ ſemel adita fuit altero herede de ea reſtituenda rogato, quandoquidem adituo quæ iuris poteſtate retrotrahitur ad tempus mortis, facit vt nullo tempore iacuiſſe hereditas videatur. Proinde fructus qui illo mortis tempore nec iam percepti, nec pendentes fuerunt, non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferendi ſunt, & conſequenter in fideicõmiſſum venire non poſſunt, ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur. Et quemadmodum hereditas ex quo adita eſt, deſinit eſſe hereditas, fitq; patrimonũ heredis, ita fructus illi à vero herede percepti non tã hereditatẽ quàm heredis patrimonũ auxiſſe intelligũtur, nemo autẽ dixerit propriũ patrimonũ heredis fideicõmiſſo cõtineri *l. cohereds 41. §. cum filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio 68. de legat. 2.* Planè ſicuti melioris cõditionis eſt heres rogatus de reſtituenda hereditate, quia verus heres eſt, quàm qui petitione hereditatis conuenitur tanquam poſſeſſor pro herede poſſidens aut pro poſſeſſore, quia falſus heres eſt, ita æquum eſt meliorem eſſe cõditionem fideicõmiſſarij, quam veri heredis in fructibus acquirendis, ex quo tempore mora per heredem facta eſt in reſtitutione fideicõmiſſi, ne alioqui proſit heredi ſua fruſtratio & fideicommiſſario noceat contra voluntatem teſtatoris, quod proculdubio eueniret, ſi fructus ex hereditate fideicommiſſaria poſt heredis moram percepti in reſtitutionem non venirent, litiſque conteſtatæ tempus ſpectandum & expectandum eſſet, quod plerumque per contumaciam & tergiuerſationem heredis in longiorem diem differtur.

ERROR IV.

De fructibus hereditatis fideicommiſſariæ in Trebellianicam computandis.

DIFFERENTIA magna eſt inter cauſſam reſtitutionis fideicõmiſſi & imputationis in quartam: multa enim imputantur quæ non veniunt in reſtitutionẽ, quoniá ad imputationẽ ſufficit vt id de quo agitur heres habeat ex iudicio defuncti & tanquam heres, non habiturus ſi heres non fuiſſet: ad cauſſam verò reſtitutionis, neceſſe eſt vt id quod in reſtitutionẽ venit ſit hereditariũ, nec niſi hereditati accepto ferri poſſit. Inde fit vt fructus à vero herede ex hereditate percepti, non veniant in fideicõmiſſaria hereditatis reſtitutione, vt proximo capite dicebamus, quoniam vt Vlpianus ſcribit in *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad S. C. Trebell.* quoties quis rogatus eſt hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis, fructus autẽ non hereditati, ſed rebus ipſis hereditariis accepto feruntur, & tamen fructus omnes etiam citra moram percepti in quartam imputantur, ſi modò percepti ſint ex iudicio, & voluntate teſtantis, quod euenit quoties hereditas per fideicommiſſum in diem aut ſub conditione relicta eſt. Nam ſi purum aut quod ferè idem eſt præſenti die fideicommiſſum ſit, fructus medio tẽpore percepti magis ex negligentia petentis quàm ex iu-

dicio defuncti percepti videntur, ideóque nec imputantur, ſed perinde acſi nulli percepti eſſent fideicommiſſum deducta quarta reſtituetur *l. mulier quæ duobus* 22. *§. ſi heres.* D. *ad S. C. Trebell.* Quoniam autem pura illa fideicõmiſſe hodie perrara ſunt, nihilque frequẽtius eſt quàm vt heres ſiue ſcriptus ſiue legitimus hereditatem poſt mortem ſuam ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituere rogetur, accidit ſæpenumero vt fideicommiſſum nulla deducta quarta reſtituatur, quia fructuum medio tempore perceptorũ ratio eã cõputationem inducit quæ Trebellianicam abſorbeat: ideóque ſolet quæri quot annorũ fructus ei rei ſufficiant. Et pragmaticis placet quinquennij fructus ſufficere, æſtimatis ſcilicet fructibus ad modũ vſuratum quincunciũ, quæ vicesimo demum anno æquant ſortem, quamloquidẽ Trebellianica quarta dũtaxat portio eſt hereditatis reſtituendæ. Ná & quinquennũ pars quarta vicẽnij eſt, eadémq; proportione ſe habet ad vicẽnium, qua hereditatis reſtituendę quarta portio ad totam hereditaté, ſed euidẽtiſſimus hic error eſt pragmaticorũ. Nõ enim quartã ſolá, eámq; integrã & illibatã ex fideicõmiſſo habere heres debet, ſed etiam quartæ fructus *d. §. ſi heres l.* 22. *D. ad S. C. Trebell. l.* 3. *C. eo. l. Papinianus* 8. *§. vnde ſi quis D. de inoff. teſtam.* & quidem à die mortis *l. quod bonis* 15. *§. fructus D. ad leg. falcid.* Proinde, niſi mea me fallit arithmetica, ſexẽnij integri ac præterea triũ menſium fructus habere heres debet, vt Trebellianũ inducatur, quomodo prudentes ante Iuſtinianum loqui ſolebant, id eſt vt tota hereditas ex fideicõmiſſo ſine vlla deductione reſtituatur, iuxta eam fructuum æſtimationem, iuſtam ſanè & rationi adprimè conſentaneam, quę conſtituitur ex vſuratũ quincuncium comparatione. Ná quod Vlpianus in *d. §. vnde ſi quis*, tractat de decẽuio, exẽpli potiùs quàm calculi cauſſa dictũ eſt.

ERROR QVINTVS.

De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur.

INGVLARE ius eſt liberorum primi gradus, Imperatoris Zenonis conſtitutione introductum in *l. ſubemus* 6 *C. ad S. C. Trebell.* vt non ſicut cæteri cogantur imputare in Trebellianicam fructus à ſe perceptos, ſed præcipuos eos habeant, & ex rebus ipſis hereditatis quadrantẽ ſuum efficiant, reliquũ totius hereditatis dodrantem reſtituant. Cuius conſtitutionis æquitas videtur in promptu eſſe. Nimirum iis perſonis, quæ ſanguinis vinculo teſtatori ſunt coniunctiores, viſum eſt hac in re fauendum eſſe, vt meliore quàm heredes cæteri iure & conditione fruantur. Sed tamẽ deflexit æquitas illa in ſummam iniquitatẽ ex errore interpretũ & pragmaticorũ. Nam cùm hodie paſſim eo iure vtamur, vt liberi ſiue primi, ſiue ſequẽtis gradus ſi de reſtituenda hereditate rogati ſint, duas quartas detrahãt, adeò vt nec à teſtatore prohiberi poſſint ne detrahát ſi in primo ſint gradu, ex iure pontificio quod extat *in cap. Raynutius. & cap Raynaldus. Extr. de teſta.* Nemo non videt quàm iniquũ ſit & ab Imperatoris mẽte alienũ ſi liberis primi gradus duplicẽ illa quartã, aut vt melius dicá, triẽtẽ pro legitima, & quadratẽ pro Trebellianica concedamus, ac præterea fructus omnes medio tẽpore perceptos, qui Trebellianicã nõ modò æquare poſſint, ſed etiam ſuperare. Ita enim fit vt ſemper habituri ſint ad minus ſeſſem totius hereditatis vltra fructus totius aſſis, reliqua verò hereditas, id eſt ſemis dumtaxat fideicommiſſario relinquatur. Et tamen

tamen apertiſſima in contrariũ Zenonis verba ſunt, volentis vt de rebus ipſis hereditarijs dodrans ſi fideicõmiſſario reſtituatur. Alia igitur lex quærenda eſt, quæ liberis primi gradus faueat ratione fructuũ, quam Zenonis cõſtitutio, quæ in fideicõmiſſarij odium violatur. Na qui eam ſic intelligunt, vt deducta pri is legitima dodrans eius quod ſupereſt veniat in fideicõmiſſum, apertè ea lumniantur, & vim faciunt verbis, nõ ob id ſolùm quod in Zenonis lege nihil eſt, ex quo poſſit cõnci pernutter dà legitimæ cũ trebellianica detractione. Sed etiam quia euidens eſt verba illa *Sed de ipſis rebus hereditarijs dodrãs reſtituatur* hũc ſenſum habere vt rerũ hereditariarũ indiſtinctè, id eſt, omniũ quas teſtator in hereditate reliquit, dodrate fideicommiſſario reſtitui oporteat, quod non fieret ſi legitima priùs detraheretur. Denique ſemiſſem in effectu pro dodrante ſubſtituere nemo poſſit ſalua vi & proprietate verborum, ac Imperatoris voluntate. Præſertim cùm præcedentia illa *vt omnibus modis retenta quarta pro autoritate Senatuſconſulti Trebelliani de ipſis rebus hereditarijs dodrans reſtituatur*, oſtẽdat ſatis de eo quadrante intelligi legẽ debere, itémque de eo dodrãte de quo & Senatuſconſultũ locutũ eſt. Atqui Senatuſcõſultũ dat heredi quadrãte totius aſſis, ſicut & fideicõmiſſario dodrãtẽ totius aſſis, non autẽ eius quod ſupereſt legitima deducta, quia nec eam duplicis quartæ detractionẽ Senatuſconſultũ agnouit. Non igitur eá Zenonis mentẽ fuiſſe dici poteſt, vt eum dodrantẽ fideicõmiſſario reſtitui voluerit qui nõ niſi ſemiſſem efficiat. Ceſſante porrò Zenonis conſtitutione, & liberis primi gradus multò fauorabiliùs habitis in duplicis quartæ deductione, nihil aliud ſupereſt niſi vt ex iure communi fructus omnes quos medio tempore perceperint, in trebellianicam imputentur. Quòd ſi obiicias, ita futurũ vt liberi primi gradus nullũ habeant priuilegiũ, ſiquidem liberis quoque ſequentiũ graduũ eadem duplicis quartæ deductio indulgetur. Reſpondebo, id quidem egiſſe Zenonem vt liberos primi gradus priuilegio aliquo afficeret, ſed ita tamen vti ne fideicõmiſſario in totius hereditatis dodrãte iniuriá fieri pateretur. Itaque inducto eo per errorem interpretũ qui põtificij iuris cõditores fefellerunt, vt non niſi ſemis hereditatis fideicõmiſſario ſaluus eſſe poſſit, ſi fortè fructus aut nulli, aut per exigui ab herede percepti ſint, æquũ nõ eſſe vt qui eo caſu diminutionem patitur eius portionis quam ex fideicommiſſo illibatam habere debuit, iuris communis auxilio priuetur, ſi fortè fructuum perceptorum & imputandorum ratio ſufficere poſſit ad trebellianicam abſorbendam, vt qui in vno grauatur, quemadmodum eſt in pragmaticorum brocardico, in alio releuetur. Et ſanè quod Zeno voluit meliorem eſſe hac parte cõditionem liberorum primi gradus, quàm cæterorum deſcendentium, ideò factum eſt, quia cæterorum deſcendentium non meliorem eſſe conditionem voluit, quàm extraneorum. Permiſſa igitur deſcendentibus liberis ſequentium graduum duplicis quartæ detractione non ſecus ac liberis primi gradus, nihil fit contra Zenonis mentem ſi liberos primi gradus, perinde ac cæteros deſcendentes ad ius commune reuocemus, quod attinet ad perceptos fructus in trebellianicam imputandos. Sufficit enim vt etiam hodie meliõris conditionis ſint, quàm extranei heredes fiduciarij, quibus vtique duplicis quartæ detrahendæ ius denegatur. In eo tantùm Zenonis conſtitutioni hoc reſpectu derogatum eſt quòd melior facta fuit conditio inferioris gradus deſcendentium, quàm extraneorum, quæ tamen ex Zenonis lege & mente par & æqualis eſſe deberet.

ERROR SEXTVS.

De alio liberorum primi gradus priuilegio vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur.

ALIVD liberorũ primi gradus priuilegiũ esse creditur, eadem Zenonis lege inductum, vt prohiberi non possint, ne ex fideicõmisso restituendæ hereditatis Trebellianicã deducant. Etsi enim hoc ipsum expressim Zenonis lege non cõtinetur, cùm tamen noluerit Zeno cogi liberos primi gradus, vt fructus à se medio tempore perceptos imputent in trebellianicã, licèt hoc testator rogauerit vel iusserit, multò magis credendus est noluisse vt ius habeat testator prohibendi deductionẽ trebellianicæ: quæ prohibitio esset iis longè damnosior. Est enim multò grauius nullã quàm ex fructibus cõficiendam trebellianicam deducere posse. Sed non fuit cur Zeno id exprimeret, quoniã iis tẽporibus trebellianicæ deductio prohiberi nõ magis poterat, quàm falcidiæ, nec extraneo quidẽ heredi, quia iure publico vtraque debebatur *l. quod bonis 25. §. 1. D. ad leg. falc.* Proinde nõ poterat priuilegiũ ita concipi vt liberi primi gradus prohibitionẽ trebellianicæ pati nõ cogerentur. Sed cùm ita ius cõmune esset vt ea deductio per fructuũ imputationẽ excluderetur, si tantũ ex fructibus perceptum foret quantum sufficere posset ad quartam & quartę fructus, noluit Zeno liberos primi gradus eo iure vti, nec si testator idipsũ expressim præcepisset. At quoniam nouella Iustiniani *constitutione 1. de hered. & falcid. cap. 2.* hactenus iuri veteri derogatũ est, vt hodie prohiberi falcidia possit tracto paullatim eo iure ad trebellianicã, licèt Iustinianus nihil de trebellianica dixerit, cœptum est induci ex priuilegio quod anteà positum erat in iure cõmuni, vt in liberis primi gradus ea prohibitio vires habere nũquã posset. In quo vereor ne priuilegium hoc ab interpretibus & pragmaticis, potiùs quàm à Zenone aut à Iustiniano datũ videatur. Primùm, quia si summo iure agatur, non puto quod de falcidia prohibita constitutum est, ad trebellianicam produci debere. Etsi enim vtraque iure publico debetur, falcidiæ tamen deducendæ prohibitio in eo minùs odiosa est, cùm ab eo facta fuit, qui non errans in modo substantiæ suæ æstimando, sed expressa designatione iussit legata in solidũ præstari (hoc enim Iustiniani lex omnino requirit) quod credibile est testatorẽ compertum habuisse posse, id fieri sine damno heredis, nec sine lucro heredi futurã hereditatẽ. Sic enim Iustinian. scribit *& non videri sine lucro esse huiusmodi hereditatẽ* (quãquã de eo lucro loqui videtur quod heres sentiat nõ tam in percipiendo, quàm in piè agendo, vt præcedẽtia demõstrãt.) At prohibitio trebellianicæ directè fit contra autoritatem Senatusconsulti, quantacumque sit hereditas, & quantumcunque testator patrimonij sui modum sciuisse proponatur, quoniam qui prohibet trebellianicam id agit vt nullũ commodum ex hereditate penes heredẽ remanere possit, idque omnino assequitur siue patrimonij sui modum sciuerit siue ignorauerit, quia nullo casu fieri potest vt admissa prohibitione quadrantẽ saluum heres habeat, quem tamen saluũ habere interdum potest etiam is qui falcidiam ex legatis deducere prohibitus est, aut certè portionem aliquam hereditatis licèt minorẽ quadrante. Quid enim si legata non excedant dodrantem!? aut excedant quidem, sed modica quantitate? Satisfieri poterit voluntati testatoris præstatione legatorũ in solidum, nec eo minùs tamen heres quadrantẽ suum,

aut

aut ſexantem, aut quam aliam portionem habebit, cuius ſpe & commodo allectus non recuſet delatam ſibi adire hereditatẽ, quod vnũ legis falcidię propoſitum fuit, quamuis eadem lex quadrãtem in eã rem omnimodo reliquiſſe voluerit. Taceo quod lex correctoria non facilè vltra fines ſuos eſt extendenda, alia verò eſt falcidia quæ ex legatis deducitur, alia quæ ex vniuerſali fideicommiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur: licèt vtramque falcidiam dicere ſoleant Iureconſulti, quoniam hæc poſt illam & ad illius exemplum inducta eſt: Cæterùm non eodem in omnibus iure vtramque cenſeri apparet ſatis ex *l. in quartam 91. D. ad leg. falcid.* & ex iis quæ de tota eius legis ſententia diximus *lib. 6. Coniect.* Et quamuis eadem vtriuſque ratio eſſet, non tamen idẽ ius in vtraque conſtitutum videri poſſet permiſſa vtriuſque prohibitione, quia prohibitio falcidiæ conceſſa facit quidem vt fieri poſſit ne quicquam ex hereditate cõmodi heres retineat ſi fortè hereditas non tantùm onerata ſit legatis ſed etiam exhauſta: ſed non facit vt nullo caſu nullum lucrum ex hereditate ſperare poſſit, ſi, vt diximus, ex euentu appareat hereditatem, neque exhauſtam legatis fuiſſe, neque oneratam: aut oneratam quidem fuiſſe, ſed non tamen exhauſtam. At ſi trebellianicæ detrahendæ prohibitio permitteretur, non ſolùm à commodo omni hereditario, ſed etiam ab omnis commodi ſpe omni caſu heres arceretur, quam tamen ſpem ei ſaluam eſſe publicè vtile eſt vel ob hoc ipſum vt ad hereditatem adeundam inuitetur. Etſi enim eadem Iuſtiniani conſtitutione, quæ teſtatori ius dedit falcidiæ prohibendæ, inductum etiam eſt vt recuſante herede adire hereditatem poſſit fideicommiſſarius vltrò adire (quæ res non tantùm Pegaſiani, ſed etiam Trebelliani ſenatuſconſulti autoritatẽ magna ex parte ſuſtulit) tamen volẽte herede nec recuſante adire nihil à Iuſtiniano innouatum eſt, vt docuimus *lib. 5. Coniect.* Proinde illud ex iure vetere adhuc ſupereſt vt æquiſſimum ſit heredẽ qui paratus ſit voluntatem defuncti agnoſcere, & ei parere, aliquo præmio aut ſaltem præmij ſpe aliqua inuitari ad adeundum, aut, vt rectiùs dicam, nõ vſque adeò iniuriosè haberi, vt nullum ex hereditate adita commodum ſperare vnquam poſſit. Quòd ſi quis malit cum interpretibus & pragmaticis ſic ſentire vt eadem Iuſtiniani conſtitutione non minùs quartæ trebellianicæ quàm falcidiæ detrahendæ prohibitio permiſſa intelligatur, eueniet vt iam nihil ſit ex quo poſſit induci priuilegium liberorum primi gradus ne prohibitionem eiuſmodi pati cogantur. Iam enim diximus Zenonis conſtitutionẽ nihil de eo cauiſſe, ſed tantùm de fructibus hereditatis in trebellianicam nõ imputandis, propterea quòd iis temporibus heredum omnium quantumlibet extraneorũ cõmune ius illud erat vt trebellianicæ detrahendę ius per teſtatorẽ iis eripi non poſſet. Quo immutato, & permiſſa hodie trebellianicæ prohibitione, non poteſt iam ex ea lege argumentũ ſumi quaſi noluerit Zeno liberos primi gradus eiuſmodi prohibitione arctari, quos nec voluit cogi poſſe vt fructus ex teſtantis iudicio perceptos in trebellianicã imputent. Quî enim fieri poſſit vt videatur cogitaſſe de priuilegio concedendo in ea re quæ tũ iure cõmuni nitebatur? Credibile potius eſt Zenonẽ, ſi eo tẽpore liberorũ primi gradus priuilegium illud fuiſſet vt trebellianicæ prohibitionẽ pati nõ cogerentur, non aliud quoque priuilegiũ iis conceſſurum fuiſſe de fructibus in Trebellianicã non imputandis. Tritũ.n. ſcitéque dictũ eſt, non eſſe multiplicanda priuilegia vt à iure communi quàm minimũ fieri poteſt, recedatur. Dandi.n. liberis primi gradus priuilegij quod ad fructus nõ imputandos at-

Digitized by Google

tuet, ratio alia non fuit quàm vti ne in omnibus pari cũ cęteris remotioribus iure censerentur. Quæ ratio cessat alio priuilegio inducto quod multò maioris momenti est, vt trebellianica habere debeant etiam inuito testatore quàm alij remotiores nõ haberent. Cũ igitur ex Zenonis constitutione, priuilegiũ hoc induci nequeat, consequens est vt vel ex Iustiniani nouella lege col ligatur, vel prorsus nullũ sit. Atqui lex illa quæ falcidiæ prohibendæ ius testatori dedit, generalis est, nec excipit liberos primi gradus. Nullũ ergo ipsorũ hac parte priuilegiũ est. Fateor patrẽ facere non posse vt liberis primi gradus legitima non debeatur, eósq; iustã querelæ causſam habere si nõ eã portionẽ eiúsq; fructus ex hereditate aut ex rerũ hereditariarũ fructibus consequátur, tũ etiã cũ fuerunt instituti si de restituenda hereditate rogati sint *l. Papinianus 8.§. vnde si quis. D. de inoff. test.* Sed nos de trebellianica loquimur, non de legitima, ex eóq; magis apparet quod volumus, Zenonem in *d. l. iubemus* nõ potuisse cogitare de indulgẽdo liberis primi gradus priuilegio illo vt Trebellianicæ detractio ipsis prohiberi non posset, siquidẽ eo tẽpore ia illud obtinebat, non solũ in liberis primi gradus, sed etiã in inferiorũ graduũ descẽdentibus, si modò primũ locũ in familia tenerẽt parentibus præmortuis aut emancipatis, vt inuito etiã parẽte legitimã integrã eiúsq; fructus habere deberent. Nec proinde locus supererat quæstioni de trebellianica an prohiberi posset, cũ inaudita esset prudentibus mẽtio duplicis quartæ detrahẽdæ, vt cõstat ex *d.§. vnde si quis*, & *l. quamquã* 10. *C. ad leg. falcid.* aliisq; innumeris iuris locis: at quoniã eadẽ portio erat quæ filio pro legitima & heredi pro trebellianica debebatur, id est quarta pars hereditatis, nec in eã minùs quàm in hanc fructus medio tẽpore percepti imputabantur *d.§. vnde si quis, & l. mulier 22.§. si heres & §. cũ proponeretur. D. ad S. C. Trebell.* nihil intererat an legitima an trebellianica diceretur, maiórq; ratio erat vt trebellianica diceretur, qua cõmuni heredũ omniũ iure non liberorũ proprio percipiebatur. Certũ autẽ est, cõcurrẽte in eádẽ personã duplici iure, vno cõmuni, alio speciali prę ualere causſam iuris cõmunis vel hoc ipso quod fauorabilior esse existimatur. In eo igitur solũ fauere liberis primi gradus voluit Zeno & potuit, vt fructus in trebellianicã nõ imputarẽt, nõ etiã in eo vt quartæ detrahẽdæ vel inuito patre ius haberẽt, quippe quod iam habebãt ex duplici capite, & tanquam heredes propter autoritatẽ S. C. Trebelliani, & táquã liberi siue primi gradus essent, siue inferioris, pro legitima portione, quã liberis relinqui à parẽtibus necesse est. Non. n. poterat facere testator quin leges in suo testamento locũ haberent *l. non potest 55. de leg. 1.* Quibus cõsequens videtur vt postquàm cæptũ est induci nouo errore magis q̃ iure, ius illud duplicis falcidiæ deducendæ nõ tantũ in liberis primi gradus, sed in cæteris quoq; descendentibus omnibus institutis & grauatis, non modò cesset ratio inducẽdi priuilegij de fructibus nõ imputádis, vt proximo capite disputabam°, sed etiã illius quod nostri interpretes & pragmatici insẽ liberis primi gradus datũ volunt, vt falcidiã trebellianicã deducere prohiberi nõ possint, quoniã iis plus quã satis cõsultũ videri debet ex eo quòd legitimã integrã habent, eámq; Iustiniani cõstitutione aucta, cõmutato quadrãte in trientẽ, & præterea triẽtis fructus, licèt iis trebellianicã quoq; deducere denegetur propter patris prohibitione. Neque. n. necesse, neq; æquũ est tot priuilegiis ornati liberos primi gradus, non sol im contra iuris cõmunis rationẽ, sed etiã contra volũtatẽ patris qui totã suam hereditatem, quantum in se fuit, fideicommissario restitui voluit,

siue

ſine extraneus fideicommiſſarius ſit, ſiue aliquis ex ipſius grauati deſcendentibus. Qui enim ſic diſtinguunt, apertè ineptiunt, cùm Zenonis conſtitutio, qua mouentur vt Trebellianicam prohiberi non poſſe putent, eum quoque caſum complectatur quo filius à patre vel matre inſtitutus rogatus ſit nepotibus vel pronepotibus & cæteris deinceps reſtituere hereditatem. Obiicies fortaſſe iura illa omnia quæ diximus duplicis falcidiæ deducendæ, & amplioris legitimæ cum fructibus conſequendæ, non eſſe propria liberorum primi gradus, ſed communia liberorum omnium in quocunque gradu conſtitutorum, ideóque nullum priuilegium fore liberorum primi gradus, ſi nón hoc etiam admittamus vt Trebellianicæ detractio iis prohiberi non poſſit. Sed nos huic obiectioni iam ſatisfecimus ad finem capitis ſuperioris, cùm diximus nō fuiſſe Zenonis propoſitum vt meliorem faceret conditionem liberorum primi gradus quàm remotiorum, niſi quatenus remotiorum idem ius eſſet quod extraneorum, ac proinde aucto cæterorum quoque remotiorum iure, datóque iis priuilegio quod extranei heredes non habent, nihilomagis conſequens fieri vt illorum etiam qui in primo gradu conſtituti ſunt ius augeri debeat, ne alioqui priuilegia augeantur & multiplicentur, non ſolùm contra ius commune, ſed etiam præter legiſlatoris voluntatem. Sed etſi pro explorato eſſet liberos primi gradus priuilegio aliquo donandos eſſe, quod non puto, an non ſatis magnum priuilegium illud eſſet quod interpretes & pragmatici iis conſeruatum volunt, etiam poſt remiſſam duplicis falcidiæ detractionem, vt non magis cogantur fructus à ſe perceptos in legitimam imputare, quàm ſi Trebellianicæ duntaxat deducendæ, vt Zenonis temporibus ius haberent? Cur illud etiam addemus vt Trebellianicam habere debeant inuito patre? Præſertim cùm legitimam, in qua læsi non poſſunt, nec in eius fructibus, habeant auctiorem, & pro qua trante trientem. Superest igitur vt quod interpretibus & pragmaticis placet, Trebellianicę deductionem, liberis primi gradus ex priuilegio prohiberi non poſſe, cęteris, ſiue liberis, ſiue extraneis heredibus iure communi poſſe, fateamur eſſe vtrunque non modò ſine lege, ſed etiam ſine ratione.

ERROR SEPTIMVS.

De duplicis falcidiæ detractione.

NON id agemus hoc capite vt inueteratum illum pragmaticorum & interpretum errorem refellamus, quo inductum eſt vt liberi à parentibus heredes relicti & de reſtituenda in diem vel ſub conditione hereditate rogati, duplicem falcidiam deducant, vnam pro legitima quæ hodie pro numero liberorum triens eſt vel ſemis portionis ab inteſtato contingentis, alteram pro Trebellianica. Iam enim à tot tantiſque viris confutata pridem & exploſa eſt illa opinio, vt in eo longiorem operam ponere ſuperuacuum eſſe videatur. Innumeri ſunt iuris ciuilis loci in quibus videas tractari de filio inſtituto ac de reſtituenda hereditate rogato, nec tamen niſi vnius falcidiæ fieri mentionem, vt in *leg. Papinianus* 8. §. *vnde ſi quis.* & §. *meminiſſe.* & §. *ſi quis impubes. D. de inoff. teſtam. l. coheredi* 41. §. *cū*

filia. D. de vulg. & pupill. substit. l. quamquam 10. *C. ad leg. falcid. l. iubemus* 6. *C. ad S. C. Trebell.* Sed qui de duplici quarta detrahenda loquatur locus nullus est, ne vnus quidem. Scio posse fieri vt ex eodem testamento & falcidia ex legatis & trebellianica simul ex fideicommisso vniuersali detrahatur, vt in *l.* 2. *&* 3. *D. ad S. C. Trebell.* Sed id tamè ita fit vt vna tantùm quarta ex duplici illa detractione conficiatur, vt Vlpianus docet in *l.* 1. *§. pen. eod.* Scio etiam interdum accidere vt non legis falcidiæ, sed alterius legis ratio facienda sit, vt puta si patronus ex asse heres institutus fuerit, & purè quincunx legatus sit, & sub conditione aliquid supra debitam patrono partem, quo casu ratio facienda est legis Papiæ quæ patronos vocat non legis falcidiæ *l.* 1. *§. penule. D. si cui plus quàm per leg. falcid.* Sed cùm id euenit, lex falcidia cessat, neque cũ alia lege concurrit ad augendam detractionem, qui sensus est *d. §. pen.* Eadem ergo ratione cùm auctâ legitimâ non etiam falcidia legatorum aut Trebellianica, interfit filij legitimam habere potiùs quàm falcidiam aut trebellianicam, nec in legitima grauari vllomodo possit post Iustiniani constitutionem in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. testam.* neque legitimam cogatur hodie sibi conficere ex fructibus, sed ex ipsa substantia patris, vt idem Iustinianus constituit in *leg. fœmina* 36. *§. repletionem. eod.* non est dubitandum quin filio grauato legatis aut de restituenda hereditate rogato, legis Iustinianeæ ratio facienda sit, non vt olim legis falcidiæ aut senatusconsulti trebelliani, id est, quin sit detrahenda legitima ex Iustiniani constitutionibus, sed ita tamen vt neque legis falcidiæ, neque senatusconsulti trebelliani ad ampliorem deductionem faciendam ratio vlla habeatur. Cùm tamen inter iuris ciuilis interpretes de hoc ipso contenderetur an filius grauatus duplicem quartam detrahere posset an vnicam duntaxat, & nobilioribus licèt repugnantibus, vt copia semper est ineptiorum, inualuisset eorum error qui duplicis quartæ detractionem admittebant, factum est, vt ea sententia tandem obtinuerit quasi iure pontificio confirmata *in cap. Raynutius & cap. Raynaldus. Extr. de testam.* quibus locis ita sanè rescriptum est, sed tamen iis verbis, vt facilè appareat sacrosanctos Pontifices non noui iuris constituendi & ciuilis abrogandi gratia sic rescripsisse, sed quòd ex receptiore interpretum sententia putarent eam esse iuris ciuilis constitutionem vt filius grauatus duas quartas detrahere deberet, nec dubitarent quin salua iuris ciuilis autoritate ita rescribi oporteret. Ex quo intelligimus non magis pontificio quàm ciuili iure duplicem istam detractionem probari, quod ego multis mirantibus cùm aliquando in Taurinensi Academia publicè de iure responderem non insubtiliter iam olim defendebam, eruditissimo & acutissimo præceptore meo D. *Ioanne Antonio Manutio*, quem honoris caussa nomino, feliciter adiuuante. Neque enim iure constitutum dici potest quod tanquam pro iure iam certo & constituto per errorem vsurpatum est. Quid enim tam contrarium iuri quàm error? Quid rursum tam alienum à voluntate noui iuris constituendi, quàm si ius illud iam constitutum & expleratum existimetur? Cùm ergo tota re meliùs discussa iam constet quàm discrepet ea duplicis falcidiæ detractio à iure ciuili, non esset cur ob eas constitutiones pontificias tam absurdam sententiam sequi deberemus si plus apud nos iuris ratio, quàm erroris inueterati autoritas valeret. Sed ita esto vt pragmatici

volunt,

volunt, & duplicem iſtam detractionem admittamus. Quid, rogo, ſtultius dici poteſt quàm quod illi ipſi vno ore clamitant eo demum caſu filium grauatum duplicem portionem deducere, quo in diē aut ſub conditione ſit grauatus, non etiam ſi purè? An non enim fauorabilior eſt filius qui purè, quàm qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere iuſſus eſt? Is ſiquidem nullum aliud ex hereditate reſt tuenda cōmodum ſentit quàm quod ex deductione ſperare poteſt, cùm tamen is qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere rogatus eſt, medij temporis fructus lucretur, ſecundùm eam ſententiam quam in ſuperioribus refutauimus, quæ habet liberos primi gradus non cogi eos fructus quos perceperint, in Trebellianicam imputare. Multò minùs enim quis dixerit cogi eos debere vt ſuperfluos fructus reſtituant, qui nec ab aliis extraneis heredibus reſtituuntur ſi non ſpecialiter in fideicommiſſum ſint deducti *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad S. C. Trebell.* Ergo vel dicendum erat filium grauatum nullo caſu duplicem portionem detrahere, vel ſi quo caſu ea duplex detractio permittenda fuit, illo potiùs permitti debuerat quo filius purè, quam quo in diem vel ſub conditione rogatus proponeretur. Non ignoro interpretes & pragmaticos noſtros eam diſtinctionis ſuæ rationem adferre, quod cùm filius purè grauatus eſt, non poteſt dici vtram portionem priùs deducere debeat, legitimamne an Trebellianicam, quia ſimul vtraque defertur, & conſequenter altera alteram præcedit, quod non ſimiliter contingit cùm fideicommiſſum in diem, aut ſub conditione relictum eſt, ſiquidem eo caſu legitima purè debetur, Trebellianica verò non priùs quàm fideicommiſſum deberi incipiat, id eſt, quàm dies vel conditio venerit. Sed vſuuenire hic video quod ſæpe alias, vt quò ſubtiliores pragmatici videri volunt, eò ſe præbeant ineptiores. Nā & cùm filius in diē vel ſub conditione rogatus fuit, non eo minùs verum eſt legitimam & trebellianicam ſimul deferri & vtriuſque deducendæ ius eodem inſtanti incipere. Quandiu enim fideicommiſſi dies aut conditio non venit, nulla legitima debetur filio qui in tota hereditate inſtitutus reperitur. Adeò vt interpretes fateantur, quod & verum eſt, filium ex aſſe inſtitutum, licèt rogatus non ſit, hereditatem reſtituere, ſi tamen metu æris alieni hereditatem omittere velit, ſola legitima retenta audiendum non eſſe, quia fieri nequit vt legitima debeatur ei qui ex toto aſſe heres eſt, totāmque obtinet hereditatem: neque verò eſt contra quem agat, cùm legitima aduerſus alium peti non poſſit, ſiue per querelam inofficioſi teſtamenti, ſiue per condictionem ex lege Iuſtiniani ad ſupplementum, quàm contra heredem, ideóque dicebatur olim querela dari non contra lignum, vt bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. quod vulgo* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tab.* ſed contra heredem, & adita demū hereditate *d. l. Papinianus* 8. *ſi conditionis. de inoff. teſtam.* & quidem ex teſtamento. Nā cùm per querelam reſcinderetur teſtamentum, nec alius querelam vtiliter proponere poſſet quam qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus *l.* 6. §. *ſi quis ex his perſonis. ff. de inoff. teſtam.* fieri non poterat vt contra eum daretur qui ab inteſtato heres eſſet: ſicut & hodie condictio ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, quia ex teſtamento ipſo dari intelligitur, & ei qui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, non niſi contra heredem teſtamentariū dari poteſt. Eaque, ni fallor, etſi propiùs intueare, vera ratio eſt propter quam in *d. l. Papinianus* §. *vnde ſi quis*, Vlpianus tractans de filio inſtituto, non quidem ex aſſe, ſed quod hac parte idem eſt; ex ſemiſſe & hereditatem reſtituere rogato poſt certum tempus, negat poſſe eū

iudicium vllum mouere,cùm, inquit, debitam portionem & eius fructus ex ipsis fructibus hereditatis habere possit,subijcit autem,*Fructus enim solere in falcidiam imputari, nõ est incognitum*,vt intelligamus quartam illam portioné quam filius habere debet cum fructibus,esse falcidiam,id est,eam quæ Senatusconsulti trebelliani autoritate retinetur ex fideicommisso vniuersali,quomodo apertiùs in eadé specie Zeno loquitur in *d.l. iubemus 6.C. ad S.Trebell.*non autem legitimæ portionis iure,licèt dicatur etiã debita portio,quia ei qui quartã habebat olim quocunque iure alia portio legitima nulla debebatur, vt constat clariùs ex eodem Vlp.in *§.si quis impubes eiusd.leg.* vbi ai,si quis impubes adrogatus sit ex his personis quæ & citra adoptionem queri de inofficioso testamento possunt,repellendum eum esse à querela, cùm habeat quartam,inquit,ex constitutione Diui Pij, & tamen habet eam tanquã æs alienum nõ tanquam legitimam iure communi liberis à parentibus omnibus debitam,vt ex eo apparet quod ibidé Vlpianus subijcit, si impubes ille nihilominus querelam proposuerit & succubuerit non esse ei tanquã indigno aufferendam quartam illã quam habet æris alieni loco, quæ tamen proculdubio esset aufferenda si eam à testatore vt legitimã habere intelligeretur *d §.meminisse*.In quo certè non inelegans suboritur dubitatio, quid ergo dicendum hodie sit aucto quadrante legitimario & in trientem cõmutato.Neque enim sicut olim,sufficere potest debitæ portioni quadrans ille trebellianicus qui semper quadrans manet:& eo minùs quod in confesso est extra liberos primi gradus heredé quélibet cogi in eum quadranté imputare fructus omnes à se ex iudicio testatoris perceptos,qui tamen in trientem legitimariũ ex Iustiniani cõstitutione in *d.l.scimus 36.§.repletionem*,non imputantur.Præ supponimus autẽ ex nostra magis quàm ex interpretũ & pragmaticorũ sententia non nisi vnius portionis,ne dicam quartæ detractionem filio grauato permittendã esse.Alioqui non posset locus esse propositæ quæstioni. Dubitationé verò illud facit quòd si filio heredi ex asse instituto & de tota hereditate restituenda rogato,nihil des nisi quadrantem trebellianũ,eiúsque fructus, siue ex fructibus duntaxat rerũ hereditariarum, siue ex ipsis rebus hereditarijs confectũ,videbitur ille iustã querelæ causam habiturus, cùm pro legitima non modò quadranté habere debeat,sed etiam trienté & trientis fructus. Idque à contrario sensu consequens videtur ei quod Vlpianus scribit in *d.§. vnde si quis*,& *in d.§.si quis impubes* non habere filium quod queratur si portionem sibi debitam habeat,siue beneficio legis falcidiæ aut senatusconsulti trebelliani,siue ex constitutione Diui Pij.Neque.n.habet trientem is cui neque lex Falcidia,neque S.C.Trebellianum, neque constitutio Diui Pij quequã dat præter quadranté.Rursus cùm de fideicommissi restitutione tractari nequeat nisi post aditam hereditatem, difficile est dicere vt qui hereditatem adeundo agnouit iudicium defuncti,totámque hereditatem consecutus est querelam habere debeat si disputes ex iuris veteris ratione,aut, si ex iure nouo,actionem ad supplementum.Contra qué enim ageret,an contra seipsum? An potiùs contra fideicommissarium restituta demum hereditate? Atqui vtrumque perabsurdum est.Vnde & Vlpianus in *d.§.vnde si quis*,tractat de filio ex semisse instituto,qui,si fraus legitimæ portioni facta esset querelã aduersus coheredé exercere posset,quia in filio qui ex asse scriptus coheredẽ nõ haberet,nullus dubitationi locus relinqueretur, nullo existente qui aduersarij partes gerere posset.Ego puto rationé iuris omnino facere vt filius hîc de

quo

quo tractamus,qui ex toto asse institutus est,totamque hereditatẽ restituere rogatus,nullã habere possit legitimæ portionis aut supplen enti petitionem, neque audiendũ esse si hereditatem repudiare velit vt legitima saluam consequatur,neque si hereditate adierit & iudiciũ patris agnouerit, habere amplius quod conqueratur, quia semel adita defuncti hereditate omnis ipsius voluntas rata constituitur *l.si patronus 91.§.qui fideicommissam D.ad S.C.Trebel.* Quid ergo? Cogendus erit contentus esse quadrante trebelliano eiúsque fructibus, conficiendo tamen non ex rerũ hereditariarũ fructibus,sed ex rebus ipsis hereditarijs propter Zenonis constitutionẽ in *d.l.subemus 6.C.eo.*quandoquidem hîc de filio primi gradus disputamus,non de remotioribus in quibus vtique aliud esset.Verùm quoniam hic iniquitas illa occurrit,quod ita euenit vt legitimæ portioni fraus fiat non solũ contra iuris rationẽ,sed etiam contra expressissimas Iustiniani constitutiones,puto remedij loco posse in dicti cautionẽ illã quam Papinianus adhibet in specie *l. cùm propter 77.§. si Titio antepe.de leg.2.*vt nimirũ filius hic repudiet patris hereditatẽ testamentariã & adeat ab intestato.Nec.n.videbitur dolo malo fecisse cùm fraudẽ excluserit,arg.*d.l.Papinianus.§.quarta autẽ.* D.*de inof.test* Quòd si fideicõmissarius cogere eũ volet ex senatusconsulto vt adeat(Iustiniani.n constitutio *nouell.1.de hered.& falcid.*quæ recusante herede potestatẽ facit fideicõmissario adeundę hereditatis,ad eũ duntaxat casum pertinet quo heres absolutè recusat adire, nõ quo velit adire ab intestato) puto non priùs cõpellendũ eum adire quàm sit ei cautum de indemnitate, vt & aliàs euenit quoties aditio illa coacta dãnum & incommodum heredi esset allatura,*l.sed sciendum 7.l.apud Iulianũ 11 l.ita tamẽ 27.§.si præceptis.ver.sed si eidem.l.debitor 59.vers.re autem integra. ff. ad S.C.Trebell.*Nam sicut explendæ fidei gratia cogitur heres adire hereditatem,ita ob hoc ipsum damno affici non debet,vt scriptum est in *d.vers.sed si eidem.*Ita fiet vt indemnis seruetur heres à fideicommissario,& pro quadrante trebelliano cũ fructibus si trientẽ Iustinianeum cum fructibus consequatur,non tam ex autoritate Senatusconsulti quàm beneficio interpositæ cautionis. Cæterùm vt ad institutã disputationem reuertamur,apparet ex ijs quę hucusque diximus,falsum esse quod interpretes, & pragmatici putant, filio instituto ex asse,& de hereditate in diem aut sub conditione restituenda rogato legitimam purè deberi. Nam si verum est,quod probauimus,de legitima quæri non posse quandiu filius totam habet hereditatem, imò nec hereditate ex fideicommisso restituta,nisi cautio,vt diximus,interposita sit, prorsus consequens est,vt multò minùs à die mortis testatoris legitima ei debita fuisse videatur.Nec ad rem pertinet quòd legitimæ ratio ponatur inspectis facultatibus quæ testatoris morientis fuerunt,ac proinde à mortis tempore *l. cùm quæritur 6.C. de inoffic.test.*Eadem enim ratiocinatione possis inferre trebellianicam ex fideicommisso conditionali quandocunque purificato deducendam,à die mortis deberi,quia sicuti existente quandocunq; fideicõmissi conditione,debetur ex fideicõmisso hereditas,non quæ quantaq; est tempore cõditionis euenientis, sed quæ quantáque fuit eo tẽpore quo testator mortuus est,*l.in fideicõmissaria 18.ff.ad S.C.Trebel.* Ita quadrãs qui penes heredẽ remanere debet ex S.C. non alius esse potest q̃ eius ipsius hereditatis quæ mortis tempore fuit,ac proinde in ponenda ratione trebellianicæ, perinde ac in computanda legitima,tempus mortis inspiciendum est,quamuis trebellianica conficiatur etiam ex fructibus qui mortis tempore non fuerunt. Quemadmodum autem cùm fideicommissum vniuersale in diem aut sub conditione

relictũ eſt non priùs legitima debetur quàm Trebellianica, ita ex contrario cùm purum eſt fideicommiſſum, neutra ſtatim debetur, ſed cum demum alterutra deberi incipit, & quidem iure retentionis, cùm reſtitutio ſit reliquæ hereditatis. Quandiu enim fideicommiſſi reſtitutio non petitur, licèt fideicommiſſum purum ſit, quarta tamen ex fideicommiſſo nulla debetur, cùm non obligatio, ſed præſtatio ipſa fideicommiſſi inducat quartæ retentionem. Etenim quid ſi fideicommiſſarius nollet reſtitui ſibi hereditatem, veritus fortaſſe ne implicetur oneribus hereditatis? Quid ſi heres ipſe rogatus ſuſpectam hereditatem dicat, & ita deducēda quartæ ius amittat? Quid denique ſi heres rogatus priùs deceſſerit quàm hereditatem adierit, atque ita fideicommiſſarium decèperit, vt loquitur *l. ille à quo* 13 §. 1. *D. ad S. C. Trebell.* His caſibus Trebellianica nulla debetur, quia nec fideicōmiſſum vllum præſtatur, licèt fuerit debitum. Et ex incerto præſtandi fideicommiſſi euentu pendet an futurum ſit vt Trebellianica aliqua debeatur, necne. Igitur ſi ita res eſſet, vt cùm fideicommiſſum in diem aut ſub conditione relictum foret, vtraque quarta deduci poſſet, quia non eodem tempore vtraque quarta deberi inciperet, non aliud dici deberet, illo etiam caſu quo fideicommiſſum purum proponeretur, quia tunc quoque Trebellianica non purè deberetur; quomodo legitimam vtroque caſu purè deberi volunt, ſed ex die, id eſt, eo demum tempore quo fideicommiſſi reſtitutio fieret non quo vel deberetur, vel peteretur. Atque ita nihil obſtaret quominùs vtraque deduci poſſet, cùm vtroque caſu debeatur, vtraque diuerſo iure, vna iure ſanguinis, altera iure inſtitutionis, vna tanquam filio, altera tanquam heredi, vna ex iure naturali, aut ſi *Cuiacio* credimus ex lege Glicia, aut potius meo iudicio, ex prudētum interpretatione ad legem duodecim tabularum, altera ex ſenatuſconſulto Trebelliano, aut ex lege Falcidia. Quibus rationibus moueri ſolent noſtri, vt vtriuſque portionis detractionem admittant, fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto. Sed tamen ſicut falluntur in eo quòd exiſtimant fideicōmiſſo purè dato Trebellianicam ſtatim deberi ſimul & legitimam, ita & in eo, quod aiunt, fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto legitimam purè deberi, vt inferant non impediri concurſu duplicem illam detractionem. Contra enim dicere debuerunt, vtroque caſu, id eſt ſiue purum, ſiue in diem, aut conditionale fideicommiſſum fuit, neque legitimam, neque Trebellianicam purè deberi, ſed vtramque (dato non conceſſo quòd heredi ex aſſe inſtituto legitima deberi poſſit) ex eo demum tempore quo reſtitutio hereditatis fiat, quia cùm ea duplicis portionis detractio fiat iure retentionis, non poteſt fieri niſi ex eo quod reſtituitur, & conſequenter eo tempore quo fit reſtitutio. Cui conſentaneum eſt, vt quemadmodum fatentur illi fideicommiſſo purè relicto non eſſe locum duplici detractioni, quoniam altera alteram impedit, ita fateri debeant non aliud admittendum eſſe cùm fideicommiſſum in diem aut ſub cōditione relictum eſt, quia hoc etiam caſu proinde ſe impediunt per concurſum cum vtraque, vt probauimus ex eodem tempore deberi incipiat. Fefellit interpretes quòd legitima portio deberi creditur iure naturali, Trebellianica verò iure ciuili, ius autem naturale præuenit cauſſam iuris ciuilis. Sed non animaduertunt quod iam diximus, filio heredi ex aſſe ſcripto legitimam nullam deberi, quia legi & naturæ pluſquàm ſatisfacit pater qui filium ex aſſe heredem ſcribit, nec quòd eum rogat vt hereditatem totam alteri reſtituat, impedit quominùs ſatisfeciſſe & plus

quàm

quàm satisfeciſſe videatur, ſed tantùm inducit Trebellianum, vt ex eo fideicommiſſo legitima portio retineatur. Itaque tantum abeſt vt verum ſit quod pragmatici cõminiſcuntur legitimæ debitum præcedere, vt è contrario nec præcedat nec ſequatur, ſed ſola Trebellianica debeatur, præterquam quòd eo quo diximus modo, indemnitati ſuæ conſulere filius poſſit, vt non quadrantem Trebellianicum retineat, ſed triẽtem lutulentum, ſi hereditatem ex teſtamento adire recuſet, ne ex coacta aditione damnum ſentiat. Et ſanè ſiue legitimam prius deberi dicas non eſt dubitandum quin in Trebellianicam, imputetur, cùm eam habeat heres iure inſtitutionis, in Trebellianicam verò imputentur etiam ea quæ iure legati aut fideicommiſſi, adeoque implendæ conditionis cauſſa capiuntur *l. in quartam 91. D. ad leg. Falcid.* ſiue Trebellianicam priorem debitam eſſe contendas, cùm ea quoque iure teſtamẽti & inſtitutionis retineatur, & ex ſubſtantia teſtatoris, nihil etiam dubij eſt quin debeat in legitimam imputari, multò magis quàm quarta quæ debetur adrogato ex diui Pij conſtitutione *d. §. vnde ſi quis. & §. quarta autẽ. & §. ſi quis impubes. l. 8. de inoff. teſt.* ſin, quod verius eſt, ſingulas eodem tempore incipere deberi fatearis, id eſt, ex quo die fideicommiſſi reſtitutio fit, non negant interpretes duplici deductioni locum eſſe non poſſe. Reliquum igitur eſt vt nullo caſu duplex illa deductio admittatur.

ERROR OCTAVVS.

De prohibita heredibus liberorum primi gradus quarta Trebellianica deductione.

ET ſi ea pragmaticorum & interpretum ſententia eſt, quã nos in ſuperioribus retulimus & refutauimus, vt liberis primi gradus ex priuilegio prohiberi Trebellianicæ detractio non poſſit, reliquis verò liberis, vt & extraneis heredibus prohiberi iure cõmuni poſſit, iidem tamen fatentur, aut potius contendũt poſſe prohiberi heredibus liberorum primi gradus, ſiue ſint illi ex deſcẽdentibus, ſiue extranei proponantur. Ratione illa quòd ſolis liberis primi gradus primi legium hoc datum ſit, hoc expreſſim per Zenonis legem addito & conſtituto, vt ne ad alias vllas perſonas extendatur. Ego verè, cuiuſmodi aut quid hoc ſit, planè non intelligo. Nam ſi ſic intelligunt vt prohiberi poſſint heredes liberorum primi gradus quominus Trebellianicã detrahãt ex fideicõmiſſo vniuerſali, quod non à ſe, ſed à liberis ipſis primi gradus relictũ fuerit, apertè meo iudicio fallunt & circumueniunt mentem legis Zenonianæ, quæ non de iis tantùm fideicõmiſſis tractat, quorum reſtitutionẽ ab ipſis liberis primi gradus fieri oporteat, ſed de iis maximè, quæ non niſi ab eorum heredibus reſtitui & præſtari poſſint, id eſt, quibus grauati ſint liberi primi gradus ſub ea conditione, Si ſine liberis moriantur: quæ conditio, licet iis viuis, id eſt, vltimo eorum vitæ inſtanti impleatur, vt fideicõmiſſi debiti præſtandique onus ab ipſis non ab ipſorum heredibus incipiat, fieri tamen non poteſt vt ab aliis quam ab heredibus eorũ fideicommiſſa huiuſmodi præſtentur, & conſequenter inutilis & illuſoria eſſet conſtitutio Zenonis, ſi ſic intelligeretur, vt quæ prohibitio detrahẽdæ Trebellianicæ in filiorum oneratorũ

persona non consisteret, in ipsorum heredibus defenderetur. Effectus siquidem constitutionis non nisi heredum lucro cedit, licèt filiorum qui fuerint onerati commodum illud sit vt locupletiorem habeant hereditatem quo facilius inueniant heredem, ipsorumque ex hac causa non parum interfit. Si verò sic interpretes, & pragmatici intelligant, vt prohiberi possint heredes liberorum primi gradus ne Trebellianicam deducant ex fideicommisso, quod non à liberis primi gradus, sed à seipsis relictum fuerit, errant multò magis si putat à filiorum aut aliorum institutorum heredibus siue legitimis, siue testamentariis fideicommissum relinqui posse. Nam cùm id quod habent iure hereditario ex hereditate liberorum primi gradus non à testatore habeant, aut ex ipsius voluntate (nisi fuerint & ipsi substituti) sed ab iis quorum sunt heredes, consequens est vt ab iis fideicommissum relinquere testator nequeat, iuxta eam iuris regulam quę habet ab eo qui neq; legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui posse *l. ab eo 9. Cod. de fideicommiss.* Non nescio, sicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum possessio peruentura est fideicommissum dare, ita & ab eo ad quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa recte dari posse, quemadmodum Iulianus scribit in *l. si fundum 92. alias l. si Titio §. vlt. de legat.* 1. Sed dico speciale id esse in legitimis heredibus pupilli, quoniam eiusmodi fideicommissum ferè est vt sit in vicem & locum eius quod à substituto pupillari relictum esse videatur, quia & tacitè pupillo substitutus à patre intelligitur is cui pater vltro relinquit legitimam filij impuberis successionem. Quemadmodum & quisquis intestatus moritur, hoc ipso legitimis suis heredibus sponte hereditatem relinquere videtur quasi tacitè quodammodo institutis, *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.* Idque ita esse apparet euidenter ex eo quod in *l. seq.* subiicitur ex Vlpiano, fideimmissum illud à legitimo impuberis filij herede, aut bonorum possessore relictum, quod Iulianus valere dixerat eatenus duntaxat, valere quatenus impubes filius decedat. Cæterùm si pubes factus decesserit, euanescere fideicommissum, *lege, quod fideicommissum 93. de leg.* 1. nimirum quia & expressa pupillaris substitutio, & fideicommissum quod à pupliari substituto relictum esset pubertate finiretur, vt pluribus docuimus nec insubtiliter, in eius loci interpretatione *lib. 15. Coniectur.* vnde peti volumus ea omnia quæ huc transferri & transcribi commodè possent, nisi breuitati studeremus. Ergo cùm à legitimo filij primi gradus herede fideicommissum relinqui non possit post annos pupillares, superuacuum est quærere an Trebellianicæ detractio iis prohiberi possit. Neque enim senatusconsulto aliis permissa est quartæ retentio, quàm iis qui & de restituenda hereditate rogati sunt, & hereditatem ex testamento, sicuti rogati sunt, restituerunt, nos autem cùm eum præcipuè casum tractemus qui Zenonis constitutione expressus est, de fideicommisso scilicet sub ea conditione relicto, *si filius heres institutus sine liberis decesserit*, non tam de impuberum quàm de puberum heredibus tractemus, siquidem ea conditio *si sine liberis* minùs propriè conuenit impuberibus, qui, vix est vt liberos habere possint; etsi non eo minùs verum est decessisse sine liberis eum qui impubes decessit, vt dictio illa *sine liberis* non priuatiuè ad præsupponendum habitum, sed abnegatiuè, quomodo loquitur Boerius Decisione vltima, accipiatur.

piatur. In eo ſanè cum pragmaticis & interpretibus ſentio quod aiunt, Si quando fideicommiſſum tale ſit quod & à filio primi gradus, & ab eius herede relinqui potuerit, eam in dubio capiendam interpretationem, quæ faciat, vt à filio potiùs quàm ab eius herede relictum exiſtimetur: tùm etiam cùm de illo quæritur, An valeat prohibitio à teſtatore facta, ne trebellianica ex fideicommiſſo deducatur.

ERROR NONVS.

De legitima & trebellianica computatione.

INDVCTA per errorem interpretum iuris ciuilis, duplicis quartæ deductione ex fideicómiſſo vniuerſali iniuncto alicui ex iis perſonis quibus legitima portio debeatur, alius error protinus inuectus eſt, quẽ etiamnum rudiores pragmatici plerique ſequuntur in duplicis illius quartæ computatione. Putant enim duplicem hanc deductionẽ facere vt inter heredẽ rogatum, & fideicommiſſarium hereditas ex æquis partibus ſemper diuidi debeat, & dimidia heredi pro legitima & trebellianica, dimidia fideicommiſſario pro fideicommiſſo relinquatur. Quæ computatio apertè vitioſa eſt, ſiue ius vetus, ſiue nouum intueare. Nam quemadmodum iure vetere, cùm pro legitima nõniſi quadrans deberetur, pro trebellianica verò quadrans alius reliqui tantùm dodrantis, non totius aſſis, non poterant duo illi quadrantes efficere dimidiam vniuerſæ hereditatis, ſed quincuncem duntaxat cum quadrante vnciæ, ita hodie aucta legitima non modò ad trientem vſque, ſed etiam vſque ad ſemiſſem pro numero liberorum, fieri non poteſt vt ſi quinque pluréſve liberi ſint, iunctus quadrans trebellianus ſemiſſi legitimario non excedat ſemiſſem, vt efficiat ſeptuncem cum ſemuncia. Diſtinctio igitur adhibenda eſt, an quatuor duntaxat, vel pauciores, an plures liberi ſint. Si quatuor tantùm vel pauciores, eo demum caſu vera eſt & recta ſupputatio: quia triens totius patrimonij coniunctus cum quadrante reliqui beſſis, ſemiſſem conſtituit: ſin plures quàm quatuor, vtraque detractio ſeptuncem cum ſemuncia, vt diximus, facit. Sed tamen obſeruandum eſt, quod neſcio an ex interpretibus aut pragmaticis quiſquam adhuc obſeruauerit, mirum eſſe, ne dicam omnino à ratione alienũ, quod Iuſtinianus induxit, vt ſi quinque filij ſint, maior ſit ſingulorũ legitima portio, quàm ſi quatuor tantùm eſſent. Id enim omnino conſequens eſt ei quod ille conſtituit, vt quatuor liberorum legitima ſit triens, quinque verò liberorũ ſit ſemis: cùm ſi ſint quatuor, ſinguli pro legitima ferant vnciam duntaxat, ſi quinque, ſinguli cũvncia quintá alterius vnciæ partem. Et tamen rationi congruum videretur, vt quo plures eſſent liberi, eo minorem pro legitima portionem ſinguli conſequerentur, vt euenit omni alio caſu quo vel plures, vel pauciores ſint liberi, quàm quatuor. Mihi videtur poſſe hinc peti exemplum non inelegans eius quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe. Quamquã non deſunt alia eiuſmodi pleraque ſi quis ex Iuſtiniani conſtitutionibus proferre velit.

Dicat fortasse aliquis pro Iustiniano, non potuisse fieri quin hoc absurdum eueniret, præterquàm si quota legitimæ portio pro numero liberorum aucta non fuisset, quod ipsum videri debuisset absurdius. Sed præter id quod nego absurdum videri debere quod tota vetus iurisprudentia rationi a primè consentaneum existimauit. Dico potuisse huic absurdo occurri, si Iustinianus eo casu quo quinque liberi fuissent, mediam quandam portionem statuisset inter trientem & semissem paulò minorem quincunce, aut ad summum, quincuncem, quo facto etsi illa adhuc iniquitas superesset, quòd quatuor liberis superstitibus non maior singulorum portio esset quàm si quinque essent, non tamen similiter euenire vt quinque liberis existentibus maior esset legitima singulorum quàm si quatuor tantùm proponerétur. Singuli enim pertide vnciam haberent, sicut & cùm sex sunt liberi, vnciam singuli ferunt. Illud certè constat non modò liberorum, sed etiam parentum legitimam auctam esse, adeóque fratrũ, omnium denique qui de inofficioso testamento queri possunt, vt ait constitutio. Fratrum, inquam, eo scilicet casu quo ius habent proponendæ querelæ si non legitima portio iis sit relicta, id est instituta demum turpi persona. Erit ergo legitima parentũ semper triens, numquam semis, quia non sicut liberi ita parentes tot esse possunt. In fratribus aliter obseruandũ est, idem nimirum quod in liberis, vt si quatuor tantùm sint vel pauciores, non nisi trientem habeant, sin plures, habeant etiam semissem. Auxit etiam Iustinianus eodem exemplo falcidiam & trebellianicam ad trientem vsque, quantuscumque tandem sit numerus heredum, quia scilicet debentur hæ portiones non ex personis heredum, sed ex comparatione hereditatis quæ semper vna est, siue vniuersalem illam hereditatem inspicias quæ fuit testatoris morientis, siue particularem quæ pluribus heredibus relictis ex cuiusque portione constituitur, cùm tot hereditates fieri intelliguntur quot sunt hereditariæ portiones. Sed tamen remansit ea pars constitutionis in Oriente, nec ad occidentem, id est ad nos vsque peruenit. Sanè si verum est, vt est, quod in superioribus disputauimus, filiũ heredem scriptum, eundémque de restituẽda hereditate rogatũ, nõnisi quartã vnciam deti ahere posse, fuit omnino consentaneũ, vt Iustinianus augens quartã legitimariã, augeret quoque falcidia & trebellianicã, ne alioqui damno afficeretur filius qui ex hereditate restituenda non nisi trebellianicam deducere posset, atque ita prætextu hereditariæ institutionis fraudem in legitima pateretur. Ex quo magis apparet numquam fuisse Iustinianum in ea sententia vt ex eodem fideicommisso & legitimam & falcidiam deduci posse existimaret. Ita enim fieret, quod esset absurdissimum, vt filius institutus deduceret bessem, restitueret verò trientem duntaxat ei cui testator totam hereditatẽ restitui præcepisset.

ERROR DECIMVS.

De onere legatorum post restitutam ex fideicommisso hereditatem.

PLACET interpretibus & pragmaticis ferè omnibus legatorũ onera spectare in solidũ ad fideicõmissariũ, ad heredem verò pro nulla parte, licèt quadrantẽ hereditatis saluũ habeat restituta ex Trebel.

heredi

hereditate, vt tractat *Guid. Pap. quæſt. 296.* notatus in eo differre onus legatorum ab onere æris alieni quod pro rata portione diuiditur inter heredem & fideicommiſſarium. Sed obſtat euidenter *l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ hac ipſa in re eandem rationem conſtituit æris alieni & legatorum. Indeque factum eſt, vt aliis quibuſdam contrà viſum ſit onera legatorum ſicut & æris alieni pro rata cuiuſque portione diuidi debere inter heredem & fideicõmiſſarium, quotieſcumque ex fideicõmiſſo reſtituta eſt hereditas deducta quarta, vt minimum teneatur heres pro quadrante ad legatorum & æris alieni exſolutionem, fideicõmiſſarius verò pro reliquo dodrante. Huiuſque ſententiæ fortiſſimum, vt equidem putant, argumentum ſumunt ex *d. l. 2. C. ad SC. Trebell.* vbi reſcriptum eſt indubitati iuris eſſe ad eum cui ex Trebelliano ſenatuſconſulto pars hereditatis reſtituitur, ſucceſſionis onera ſeu legatorum præſtationem pro competenti parte ſpectare. Id verò æquitati adprimè conſentaneum eſſe arbitrantur, vt heres qui quartam hereditatis partem retinet hereditariis quoque oneribus pro ea parte fungatur: fideicõmiſſarius verò, cui nõniſi dodrans hereditatis ex fideicõmiſſo reſtituitur, ſupra eam portionem non oneretur. Quam in rem pro pragmaticis afferri poteſt quod de Senatuſconſultis Trebelliano & Pegaſiano Iuſtinianus refert in *Inſt. tit. de fideic. hered.* Ait enim ità olim ius fuiſſe, vt ſi non plus quàm dodrantem hereditatis ſcriptus heres rogatus eſſet reſtituere, tunc ex Trebelliano hereditas reſtitueretur, & in vtrumque actiones hereditariæ pro rata parte darentur, in heredem quidem iure ciuili; in eum verò qui recipiebat hereditatem, tanquam in heredem ex ſenatuſconſulto Trebelliano. At ſi plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat, inquit, Pegaſiano ſenatuſconſulto, & heres qui ſemel adierat hereditatẽ, ſi modò ſua volũtate adierat, ſiue retinuerat quartam partem, ſiue retinere noluerat, ipſe tãquam ſolus heres vniuerſa hereditaria onera ſubibat, ſed quarta quidem retenta, quaſi partis & pro parte ſtipulationes interponebantur, tanquã inter partiarium, legatarium & heredem: ſi verò totam hereditatẽ reſtitueret, emptæ & venditæ hereditatis ſtipulationes adhibebantur, vt heredis indemnitati contra fideicommiſſarium qui hereditatis lucrum & cõmodum retinebat, conſuleretur. Illud igitur iure veteri perpetuum fuit, vt ſiue ex Trebelliano ſenatuſconſulto, ſiue ex Pegaſiano reſtitutio hereditatis fieret, onerum quoque hereditariorum diuiſio inter heredem & fideicommiſſarium pro competentibus vtriuſque portionibus induceretur. Etſi autem Iuſtiniani conſtitutione, quæ de fideicommiſſariis hereditatibus reſtituẽdis lata eſt, cuius ibidem Iuſtinianus meminit, & quæ tamen in Codice noſtro nulla extat, totum ius illud vetus conturbatum fuit, exploſúſque vſus tanquam captioſus ſtipulationũ quas Pegaſiani ſenatuſconſulti autoritas inuexerat, trãſfuſo in Trebellianum toto Pegaſiani iure, vt ex eo fideicommiſſariæ hereditates reſtituantur, ſiue habeat heres ex volũtate teſtatoris quartam, ſiue plus, ſiue minus, ſiue nihil penitus, idem tamen hac parte placuit Iuſtiniano quod prudentibus placuerat, vt ſi quando heres, cui nihil vel minus quarta relictum eſt, quartam integram ſibi conficiat ex Iuſtiniani autoritate quaſi ex Trebelliano ſenatuſcõſulto, actiones tam in heredem quàm in fideicommiſſarium competant pro rata vtriuſque portione. Ego tamen didici ſeparandam hac parte cauſſam æris alieni à cauſſa legatorum: & longè alio iure illam, alio hanc cenſeri. Heredem, qui de reſtituenda hereditate rogatus quartam retinet, ſiue ex teſtatoris volun-

tate quia non niſi dodrantem reſtituere iuſſus eſt, ſiue contra volũtatem, quia teſtator de vniuerſa hereditate reſtituenda ſenſerat, cogendum reſpondere creditoribus pro ea parte, legatariis non item. Et ratio diſſimilitudinis eſt, quia non ſicut legitima illa portio quæ liberis à parentibus, & cõtrà, parentibus à liberis debetur, nõ niſi deducto ære alieno, adeóq; funeris impenſa cõſtituitur, ita & ea quarta quæ ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione retinetur. Hæc enim hereditatis portio eſt illa bonorum. Hereditas habet cõmoda & incommoda, æriſque alieni perinde ac proprij rationem. Bona verò ſicut ea ſunt propriè quæ beant, & conſequenter quæ plus habent commodi quàm incómodi: ita deducto ære alieno bona dicuntur. Legata autẽ etſi perinde ex teſtatoris iudicio & voluntate præſtanda ſunt acſi æris alieni iure cẽſerentur, tamen in ære alieno non computantur, ideóque nec minuunt legitimam liberorum, & parentum portionem quæ minuitur vtique per æs alienum. *l. Papinianus 8. § quarta autem. D. de inoff teſtam.* Nec magis Trebellianicam minuere quàm legitimam poſſunt, non ob id ſolùm quòd teſtator qui heredi onus irrogat reſtituendæ hereditatis, credendus eſt voluiſſe vt cum onere legatorum hereditas reſtitueretur, quemadmodum Celſus ſcribit in *l. 2. D. ad S. C. Trebel.* ac proinde vt per fideicõmiſſarium non per heredem & omnia & ſolida præſtarentur, ſed etiam quia eo quoque caſu, quoad heredis onus legata eſſe teſtator voluit, id eſt, quo deductis legatis hereditatem reſtitui teſtator iuſſit, falcidiam nihilominus tam ex legatis, quàm ex fideicommiſſo vniuerſali deducit, vt vtraque deductione quartam vnam & integram conſequatur, vt ex Ariſtonis & Pomponij ſententia Vlpianus ſcribit in *l. 3. §. item Põponius ſcribit eod. tit.* Quomodo igitur fieri poteſt vt Trebellianica minuatur per legata, cùm è contrario per Trebellianicam legata ipſa etiam quæ ab herede relicta ſunt minuantur? Hinc eſt quod dicimus fideicommiſſarium ſatisdare debere legatorum nomine quæ ab herede relicta ſunt, *l. 4. D. vt legat. ſeu fideicom. nomin. caueat.* nõ etiam heredem, adeò vt ſi heres ſatisfecerit, ſimul cum fideicommiſſario vtraque quidem ſtipulatio cõmittatur, ſed tamen exceptione tueri ſe poſſit heres quaſi ſine cauſſa cauerit, quia cauere non debuit, *l. etiam 15. §. 1. D. eod.* vbi quod Paulus loquitur de fideicommiſſario Trebellhano, notandum eſt ad eum duntaxat fideicõmiſſarium pertinere, cui tota hereditas ſine vlla deductione reſtituta ſit, non ad illum etiam cui non plus quàm dodrantem reſtitui teſtator iuſſerit. Fieri namque ex Trebelliano reſtitutionem hereditatis ſimpliciter, Iureconſulti dicunt, cùm hereditas tota, & ita vti teſtator iuſſit, reſtituitur, nec quicquam ex ea contra teſtantis voluntatẽ per here ẽ retinetur, quamuis poſſit etiã pars hereditatis ex Trebelliano reſtitui, *d. l. 2. C. ad S. C. Trebel. §. ergo ſi nõ plus. Inſtit. de fideic. hered.* Quid ergo eſt quod ait *lex ſecunda C. ad S. C. Trebell.* Verba ipſa legis demonſtrant tractari eo loco de fideicõmiſſario cui ex Trebelliano Senatuſcõſulto reſtituta ſit pars hereditatis, non autẽ tota hereditas ſecundùm teſtatoris voluntatẽ. Totã.n. hereditatẽ reſtitui intelligimus, quoties heres totã hereditatẽ reſtituere iuſſus eſt, licèt nõ niſi dodrantẽ reſtituat vt quadrantẽ ex Pegaſiano aut ex lege Iuſtiniani ſaluũ habeat cõtra voluntatẽ teſtatoris. Et ſanè lex illa omnino interpretãda eſt ex eo iure, quod tũ obtinebat; cúmq; loquatur de fideicõmiſſario Trebelliano, non poteſt ad eũ caſum adaptari, quo vel quadrãs totus, vel quadrãtis pars vlla cõtra teſtatoris mentẽ deducatur vel retineatur. Inducebat.n. ea res ſenatuſcõſultũ Pegaſianũ, ceſſante Trebelliani poteſtate. Porrò cũm heres inſtitutus rogatus erat reſtituere, non totam hereditatem,

ſed partem hereditatis quantacumque illa eſſet, dum ne ſupra dodrantē ſicuti Pegaſiano ſenatuſconſulto locus nullus erat, nec proinde de quarta trebellianica tractari poterat, quæ primùm eo ſenatuſconſulto inducta fuit, ita neque vlla dubitatio occurrebat quin heres pro ſua parte, id eſt, pro quadrante, ſi dodrantē reſtituiſſet, creditoribus & legatariis teneretur. Nam cùm Senatuſconſulto trebelliano nihil de quarta heredi danda cautū eſſet, ſed tantùm de transferendis in fideicommiſſariū actionibus, nō poterat ea tranſlatio fieri, ſiue legatorum, ſiue æris alieni nomine, niſi pro qua parte reſtituta hereditas fuiſſet: & conſequenter obligatio quam heres adeundo contraxerat ipſo iure, vt ſolidas legatariorū & creditorum actiones ſuſcipere cogeretur, manebat ſalua, & ea ipſa quæ priùs fuerat ad finem vſque quadrantis, non ſecus acſi duo heredes ab initio ſcripti fuiſſent vnus ex quadrante, alius ex dodrante, quo caſu dubitari non poſſet quin heres ex quadrante legata pro quadrante deberet, ſalua ex iis falcidia ſi ſupra dodrantem quadrantis oneratus proponeretur. At poſtquàm inductū eſt Senatuſconſulti Pegaſiani autoritate, & Iuſtiniani conſtitutione confirmatū, vt quartam heres habere omnimodo debeat etiā multo teſtatore; niſi cùm adit coactus, cœpit quoq; ius vetus quod in legatis obtinebat in eo abrogari, vt tum etiam cùm heres de tota hereditate reſtituenda rogatus quartā retinet, nullam legatorū partē præſtare cogatur, quia ſcilicet quarta ei conficienda eſt aut ex fideicōmiſſo ſolo, cùm ea teſtatoris mēs fuit, vt onus legatorū totū ſpectaret ad fideicōmiſſariū (quod procul dubio ſenſit is qui totam hereditatē fideicōmiſſario reſtitui iuſſit) aut ex ipſis quoque legatis, in legata nō ad fideicommiſſarii, ſed ad heredis onus eſſe teſtator voluit, vt diximus ex *d. l. 4. §. item Pomponius ad S. C. Trebell.* Rogato herede de reſtituendo duntaxat dodrante nihil cauſſæ eſt cur trebelliano derogatū fuiſſe putemus, ſiue per Senatuſconſultū Pegaſianū, quod nunquā hoc caſu locū habuit, ſiue per Iuſtiniani conſtitutionē, quæ Senatuſconſultū Pegaſianū exploſum eſſe voluit, cùm ob hoc ipſum ſuſtulerit Pegaſianū vt trebelliano magis locus eſſe poſſet: nec enim transfudit Iuſtin. poteſtatē Pegaſiani in trebellianū, niſi iis demùm caſibus quibus Pegaſianū anteà obtinebat. Igitur reſtituta ex trebelliano hereditate, id eſt, facta hereditatis reſtitutione fideicommiſſaria eo modo quo fieri olim poterat ex trebelliano Senatuſconſulto, ante Pegaſianū præſtabit heres partem legatorū, ſicut & æris alieni pro portione hereditaria, acti nō fideicommiſſariū, ſed coheredem haberet, quia de trebellianica hoc caſu quæri nec olim potuit, nec hodie poteſt: adeóque ſuperuacuum eſt diſputare an à legatorum onere immunis eſſe debeat, nēcne, ſolāque ſupereſt cauſſa hereditatis, quæ procul dubio heredem obligat ad onera omnia ſucceſſionis quæcumque tandem illa ſint, id eſt ſiue in ære alieno cōſiſtant, ſiue in legatis. Reſtitutione autē facta ex Pegaſiano, id eſt eo modo quo fieri olim poterat ex Senatuſc. illo, priuſquàm tota eius poteſtas à Iuſtiniano tranſfuſa eſſet in trebellianū (nō enim confuſi ſunt caſus, licēt confuſa ſint nomina Senatuſconſultorū) ac proinde ſi heres, vel totā hereditatē vel ſu per dodrantē reſtituere iuſſus ſit, aliud planēq; diuerſū ius eſt quod ad legata, nō tamē quod ad æs alienū, & cogitur heres pro rata ſui quadrātis reſpondere quidē creditoribus, ſed nō legatariis. Atq; ita ſanè accipi debet quod Iuſtin. ſcribit in *§. ſed quia. Inſt. de fideic. here. pro rata portione actionibus tam in heredē quàm in fideicommiſſarium competentibus*, ſcilicet de actionibus hereditariis quæ competūt ratione æris alieni, non etiam de actione ex teſtamento com-

petente pro legatis: nimirum quia non ſicut ex legatis & ex fideicommiſſo detrahi poteſt ea quarta quam heres habere debet, ita & ex ære alieno: cúmque ſit quarta pars hereditatis, habens, vt dictum eſt, commoda & incõmoda, ſi. e dubio minuitur per æs alienum, quod ad commodum & emolumentum attinet, licèt non quod ad nomen & quotam, vt & hereditas ipſa. Et hic nimirum caſus eſt, de quo diſputamus cùm tractamus de trebellianica, ad quem ſanè non pertinet *d. l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ de fideicommiſſario Trebelliano loquitur, nõ de Pegaſiano: cuius rei ignoratione acti ſunt interpretes præcipites in hunc errorem. Dices, apertè iniquum eſſe ſi fideicõmiſſarius, cui commiſſi dodrans hereditatis reſtitutus eſt, cogatur legatariis omnibus in ſolidum reſpondere. Sed reſpondeo non eſſe iniquum, quia deliberare apud ſe fideicommiſſarius ante omnia poteſt & debet, an ſibi expediat petere reſtitui hereditatem: quemadmodum etiam olim Senatuſconſulto trebelliani temporibus obtinebat, vt ſi heres deducta re aliqua, etiam quæ quartam partem hereditatis excederet, hereditatem reſtituere iuſſus eſſet, nullá aut æris alieni, aut legatorum partem ferre heres deberet, ſed integrum onus fideicommiſſario incumberet, qui ſi damnum ex eo aliquod ſentiebat, imputare ſibi debebat, cur hereditatem damnoſam ſibi reſtitui poſtulaſſet, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *ſi quis vna. Inſti. de fideic. hered. l. ſi legatus* 30. §. *multum intereſt. D. ad S. C. Trebell.* quia non poteſt videri pars vlla hereditatis in vna re conſiſtere. *l. quamuis* 14 *D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* At non ſimiliter imputare poſſis heredi cur ſuſpectam non dixerit: liquidè ſciuit & ſcire debuit futurum vt ſi hereditatè quantũuis oneratá legatis ſponte adiret, nihilominus quartã integrã ex ſenatuſconſulto haberet, ſiue ex fideicõmiſſo vniuerſali, ſiue ex ipſis etiam legatis, ſi opus eſſet, deducendá. Denique non poſſunt legata ſuſpectã heredi facere hereditatẽ quomodo facit onus æris alieni. Propter quã cauſſã ſi ex eo capite hereditas damnoſa ſit, nõ debet adire niſi coactus, vt incõmoda omnia cum cõmodis transferat in fideicõmiſſarium, ſed fideicommiſſario ſuſpectã hereditatẽ facere debet nõ minùs legatorũ quàm æris alieni quantitas, quoniã vbi ſemel quarta ex fideicõmiſſo vniuerſali detracta eſt per heredem, fieri nequit vt alia per fideicõmiſſarium ex legatis detrahatur. Lex enim falcidia de herede tantùm locuta eſt, & ſoli heredi non etiã fideicõmiſſario proſpexit. Nec proinde ius vllũ fideicõmiſſarius habet deducendæ falcidiæ, niſi ex perſona heredis, cùm heres ipſe nõ deduxit, quia nec deducere voluit vt fideicõmiſſario ſoli faueret, vt in *l. 1. §. inde Neratius ad SC. Trebell.* aut non potuit, fortè quia ſuſpectam dixit, vt in *l. 3. in princip. D. eod.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS DVODECIMA.

ERROR PRIMVS.

De

De fructibus legitimæ.

FRvctvs, inquiunt pragmatici, augent legitimã, ſicut & hereditatẽ. Hoc verò falſũ eſt. Nõ.n.ſicut hereditas, ita & legitima eſt nomen iuris, ſed quota bonorũ, quæ proinde nec augmentũ recipit, nec diminutionem. Nam in ponenda ratione legitimæ inſpicitur quãtitas bonorũ quę mortis tẽpore fuit, deducto ære alieno *l. cum quæritur 6. C. de inoff. teſt. l. Papin. 8 §. quarta autẽ. D. eod.* Nec ſi hereditas à malæ fidei poſſeſſore poſſeſſa ſit, fructúſq; ex ea percepti qui auxerit hereditatẽ, legitimã quoq; auctã eſſe dicendũ eſt: nã nec falcidia legatorũ aut fideicõmiſſorũ augeretur *l. in quãtitate 73. in prin. ad leg falc. l. in fideicõmiſſ. 18. ff. ad S. C. Treb.* Illud tamen verum eſt quod pragmatici, vt puto, intelligunt, eis quibus legitima debetur, non modò legitimam adiudicandam eſſe, ſed etiam legitimæ fructus *d. l. Papinianus §. vnde ſi quis. D. de inoff. teſtam. l. mulier 22. §. ſi heres. & §. cùm proponeretur. D. ad SC. Trebell.* quoniam alioqui non videretur ea portio data, quæ mortis tempore fuiſſet, idque in confeſſo eſt. Aliqui tamen caſus ſunt in quibus magna dubitatio eſt, an legitimæ fructus adiudicari oporteat. Finge filiã cui nubenti dos conſtituta fuit pro legitima viuo adhuc patre renuntiaſſe, adhibito, vt fit, iureiurando, non tantũ ſucceſſioni paternæ, ſed etiã legitimæ portioni, quã in patris bonis ſperare quandoque poterat, & ſupplemento legitimę: mortuo verò patre cùm ex ea renuntiatione filiã immodicè læſam eſſe conſtaret, petitã ab ea & impetratã in integrum reſtitutionẽ, cuius poteſtate factum ſit vt ei legitima debeatur. An legitimæ quoq; fructus conſequetur? Dubitationẽ facit, quòd quandiu renuntiatio tenuit, verũ eſt legitimã nullã debitã fuiſſe, poſtquàm iuris pontificij autoritate inductũ eſt, contra iuris ciuilis rationẽ vt valeant huiuſmodi renuntiationes propter religionẽ iuriſiurãdi, *cap. 2. de pact. in 6.* Nõ poſſunt igitur fructus legitimæ deberi pro eo tẽpore pro quo nec legitima vlla debita fuit. Fructuũ enim debitũ, ipſius rei ex qua fructus ſunt debitũ ſequitur ſemper, præcedit numquã. Atq; ita ex pragmaticis plerique putãt, filiã hoc caſu fructus nullos petere poſſe, niſi ab eo die quo lis ſuper in integrũ reſtitutione conteſtata ſit, quaſi in eum vſq; diem bona fide & iuſto titulo perceptos à patris herede qui renuntiationis viribus nitebatur. Sed quàm falſa ſit hæc ſententia, ex ijs conſtare poteſt, quæ ſcripſimus *Decade 9.* vbi probauimus reſtitutionis in integrũ vim & poteſtatẽ illã eſſe vt omnia in integrũ reuocet, & in eum ipſum ſtatũ in quo res eſſet ſi contractum non fuiſſet, ac proinde non minùs quod ad fructus quàm quod ad rẽ ipſam, ex qua fructus percepti ſunt, *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio. l. patri 27. §. 1. ver. prædiũ. l. minor. 40. §. 1. D. de minor. l. 1. C. de ſenten. paſ. & reſt.* Quod ſi vllo caſu verum eſt, in iſto certè obtinet maximè in quo agitur de reſcindenda renuntiatione, quæ odioſiſſima eſt, cùm aliena ſit à iuris ciuilis ratione, nec tã iuris aut æquitatis vinculo, quàm iuriſiurandi religione defendatur. Etſi.n. cõmunis interpretum traditio eſt, iuſiurandem hoc caſu prodeſſe non tantùm ad inducendã periurij exceptionẽ ſi quid cõtra factum ſit, ſed etiã ad validandã, & confirmandã renuntiationẽ, tamen impetrata abſolutione ob æquitatem illã quòd iuſiurandum iniquitatis vinculum eſſe nõ debeat, ſicut autoritas iuriſiurãdi nulla ſubeſt, ita nec ratio vlla propter quam defendi debeat renuntiatio, quæ non ſolùm odioſa, iuriq; cõtraria, ſed etia iniqua reperitur. Quid.n. iniquius quàm vt pater in dote dãda filiæ quod ex officio facere tenetur, frandẽ in legitima cõminiſcatur, in eámq; rẽ iuriſiurandi

ſanctitate & autoritate ac filiæ facilitate abutatur? Et ſanè reſciſſa renuntiatione, fieri nequit vt non perinde legitima debeatur acſi renuntiatio nulla interceſſiſſet: iam autem diximus, nulla renuntiatione interueniente non tãt ùm legitimã deberi, ſed etiam legitimæ fructus à die mortis. Eámque ſentẽtiã Senatus noſter ſequitur, licèt à Senatu Burdegalenſi improbatã, teſte *Boerio Deciſ.* 3. *ad fin.* Alius caſus eſt, quo induxit error pragmaticorum vt legitimæ fructus nulli debeantur: ne quidem, quod magis mirum eſt, à die litis cõteſtatæ, nimirũ ſi iure dubitari poſſit an legitima ipſa debeatur. Id enim pleruſq; in obſcuro & incerto eſſe creditur, vt puta ſi qua ex his pſonis quę à ſucceſſione excluſæ ſunt petat legitimã, finge matrẽ defuncti talliabilis, & hominis, vt loquũtur, manuſmortuæ, qui alĩ quã dominũ habere ſucceſſoré nõ poteſt: aut matrẽ liberi quidẽ hominis & ingenui, ſed quæ ante petitũ filio tutorẽ inierit ſecundas nuptias, & ante redditã adminiſtrationis rationẽ, ideóque indigna ſit quæ ad impuberis filij ſucceſſionẽ admittatur *l. omnẽ 6. C. ad S. C. Tertyll.* His caſibus placet pragmaticis legitimã matri deberi, (verẽne an ſecus videbimus fortaſſe in ſequentibus (fructus tamẽ nullos deberi, quaſi iam plus quàm ſatis matri faueatur in eo quod habet legitimã, quã ex ſtricta iuris ratione habere nõ deberet. Sed eſt hæc etiã ſententia tã aliena & diſcrepans à iure ciuili, vt non putẽ aliqua æquitatis ſpecie defendi poſſe. Non .n. ea res in iudicis arbitrio poſita eſt, an fructus legitimæ debeantur, aut non: quomodo alia pleraque arbitraria dicimus, quę ex bono & æquo pro arbitrio iudicis in hanc aut in illã partẽ ſtatui poſſunt, & in quibus ſolent pragmatici dicere, bonũ eſſe habere iudicem fauorabilem, ſed iuris certiſſimi & indubitatiſſimi eſt, aut legitimã prorſus nullã deberi, aut ſi qua debeatur, fructuũ quoque legitimę à die mortis ex quo incipit deberi, rationẽ habendã eſſe: multò magis verò ex die litis conteſtatę, cùm dici ſoleat ex eo tẽpore poſſeſſores omnes eſſe pares, id eſt malę fidei poſſeſſores effici etiam eos qui in eum vſque diem bona fide & iuſto titulo poſſediſſent, *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante 2. de petit. hered.* adeò vt nec melior ſit conditio ignorantium heredem eius qui litem conteſtatus eſt, ſed par fortuna, vt loquitur *l. 2. Cod. de fructib. & lit. expenſ.* Poteſt quidem iudex interdum compenſare fructus ex vna parte debitos cum vſuris ex alia parte præſtandis, vt in *d. l. minor* 40. §. 1. *de minor.* quoniam ea compenſatio vicem mutuæ adiudicationis obtinet: ſed fructus ex natura iudicij & qualitate actionis inſtitutæ adiudicandos denegare iudex nunquã poteſt, non magis quàm id ipſum quod principaliter petitur, & debetur. Fructus enim etſi acceſſiones ſunt eius rei quæ in iudicium deducitur, tamen non ſolo iudicis officio, ſed obligationis & actionis iure debentur in bonæ fidei iudicijs, in ſtrictis verò officio quidem iudicis, ſed ita tamen vt non ſit liberum iudici eos fructus non deducere in condemnationem, quia quale quid eſt cũ petitur, tale dari debet *l. 2. l. videamus* 38. §. *ſi actionẽ. D. de vſur.* Sunt .n. fructus naturales acceſſiones rei, & naturalem cauſſam habere dicuntur, ideóque rem ipſam neceſſariò ſequuntur: ita vt nihil interdum proſit bona fides ad eos lucrandos, *l. indebiti* 15. *D. de cond. indeb. l. vxori maritus* 27. *De vſufr. lega.* Quamquam regulariter aliud ius eſt quod in bonæ fidei poſſeſſorum gratiam conſtitutum fuit eo ſolo colore quòd bonæ fidei poſſeſſor hac parte domini iure cenſeatur *l. bonæ fidei* 48. *D. de acquirend. rer. domin.* De quo ſcripſimus latiùs in *errorem primum Decadis ſuperioris*, & ſcribemus etiam in ſequentibus. Contrarius eorundem pragmaticorum, nec tamen diſſimi-

diſſimilis error eſt in eo quòd exiſtimant ſi ri poſſe interdū vt fideicommiſſarię hereditatis fructus nulli fideicōmiſſario debeātur, ne qu dē à die litis cōteſtatæ, vno ſaltē illo caſu, inquiunt, quo fideicōmiſsū ſuſtineatur per clauſulā codicillarē appoſitā in teſtamēto, quod per poſthumi prętenit onē ignorāter factā ruptū proponatur: propterea quòd hoc caſu fauor poſthumi extraneo præſertim herede inſtituto, ius hoc exigere videatur, vt non ſolùm quartā vnā aut potiùs triētē pro legitima detrahere filius poſſit, vt aliàs euenit cùm purum fideicōmiſſum eſt, ſed etiā Trebellianicam, adeóq; lucretur fructus hereditatis reſtituendæ. Quaſi hoc etiā caſu ſatis iā & ferè plus ęquo faueatur fideicōmiſſario in eo quòd heredis inſtitutio defenditur per clauſulā codicillarē hactenus vt flectatur in fideicōmiſſum ab inteſtato relictū. Sic enim aliquando tractatū & pronuntiatū fuiſſe ſcio. Nō ea mihi nūc quęſtio tractanda eſt, An clauſula codicillaris eo caſu vires vllas habeat quo prętereitus ſit poſthumus ignorāter, extraneo præſertim herede inſtituto. Digna enim res eſt quæ à nobis ſuo loco latiùs diſcutiatur. Sed tamē hoc nō poſſum nō dicere, nulla ratione fieri mihi probabile, vt & duplex quarta ex puro fideicōmiſſo deducatur, & fructus hereditatis fideicōmiſſariæ nulli reſtituantur, ne quidē à die litis cōteſtatæ. Iā enim probauimus in ſuperioribus reſtitui omnes debere quotquot percepti ſunt à die morę, quę fieri nō poteſt cū de fideicōmiſſo vniuerſali agitur, vt nō ſaltē à cōteſtationis die contracta intelligatur. Dixi, *cùm de fideicōmiſſo vniuerſali agitur*, qui a ſi de legatis tractetur, incerta patrimonij ęſtimatio incertū facit modū legatorū, eāq; res iuſtā differēdæ ſolutionis, adeóque litigādi cauſsā prębere poteſt heredi, ſi nō offerant legatarij ſatiſdationē quæ debetur ex edicto, Si cui plus quàm per legē falcidiā, *l. 3. D. de vſur.* quam nos interpretati ſumus *lib. 7. Coniect. cap. 1.* Denique iuſta litigandi cauſſa excuſat ab impenſis, quoniā earum cōdemnatio nō niſi in pœnam temerè litigātis irrogari ſolet, ex *l. qui ſolidi 78. §. 1. de leg. 2.* Sed non recuſat à fructibus qui naturalium acceſſionum iure ſequuntur rem ipſam quæ debetur, aut adiudicatur, niſi cùm excuſat etiam à mora, eo nimirum caſu quo fructus ex die duntaxat moræ præſtandi ſunt.

ERROR SECVNDVS.

De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit.

VOx eſt digna ſanè pragmaticis, Dotem quę filię nubenti data eſt à patre, loco legitimæ eſſe, tùm etiā cùm ſimpliciter data eſt, multò magis, ſi vt ferè sēper fit, pro omni legitimę iure data proponatur. Nihil ei im dici poteſt à vera rectāque iuris ratione alienius. Siquidem certiſſimi iuris eſt legitimā viuo patre nullā filiæ deberi, nec ſi pater maximè nolit, fieri tamen vllomodo poſſe vt vllo caſu debeatur. Nam quid aliud obſecro eſt legitima, niſi portio olim quarta, hodie triens vel ſemis hereditatis ab inteſtato contingentis? Atqui de inteſtati ſucceſſione quæri non poteſt, ſicut nec de teſtamentaria quandiu paterfamiliās viuit, de cuius bonis agitur, non ea ſolùm ratione quæ ex bonis moribus ducitur, quòd improbum ſit & contra ius gentium feſtinare dicatur quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis. *l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. donari 29. alias l quidam. §. donationem. D. de donat.* ſed etiam quia viuentis hereditas & ſucceſſio nulla eſt, *leg. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Ergo nec fieri poteſt vt

de filiæ legitima viuo patre quæratur. Accedit quòd legitima, vt pragmatici omnes conſentiunt, non hereditatis quota eſt, ſed bonorum: cùm eius ratio ponatur deducto ære alieno & funeris impenſa, *l. Papinianus* 8. §. *quarta autem. D. de inoff. teſtam.* Quorum verò bonorum? ſcilicet eorum quæ moriens pater reliquerit, ac proinde ipſo tempore mortis præcisè inſpecto, *l. cùm quæritur* 6. *C. eod.* Atqui omnino incertum eſt quæ bona quis moriens relicturus ſit quandiu viuit, cùm in ſingula momenta ditior heri poſſit & pauperior. Non igitur fieri poteſt vt viuo patre legitima vlla deberi intelligatur, nec ſi pater velit, ſicut neque in patris poteſtate eſt conſtituere quid quantúmve in bona relicturus ſit cùm morietur. Fateor poſſe patrem ex iuſta cauſſa, qualis eſt dotis, certam bonorum ſuorum partem ſiue in pecunia, ſiue in rebus aut mobilibus, aut immobilibus, filiæ prorogare, ſi velit, imò verò ex paterno officio cogi vt dotandæ filiæ gratia id faciat, *l. capite* 19. *D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Sed nego eam portionem dici poſſe legitimam, quia neque ex legibus debita eſt, neque ex comparatione bonorum quæ pater mortis tempore habiturus eſt, ſed eorum quæ tunc habet, æſtimatur. Denique legitima portio non eſt quæ non eſt certa, & quidem habito reſpectu ad bona mortis tempore relicta. Mortis ergo tempus neceſſariò expectandum eſt, vt legitima illa portio conſtituatur. Fefellit interpretes & pragmaticos, quod à Zenone Imperatore conſtitutum eſt in *l. quoniam. nouella* 29. *C. de inoff. teſtam.* vt dos à patre data ſi ex ſubſtantia patris profecta ſit, in legitimam imputetur. Sed ſunt hæc longè diſſimilia, dotem in legitimam imputari, & dotem legitimæ loco eſſe. Prius verum, poſterius falſum eſt. Nam ex eo quod dos in legitimam imputatur, apparet potiùs non eſſe eam legitimæ loco, cùm ſi legitimæ iure cenſeretur, fruſtra de imputatione tractaretur, ſicut nec de illo quæri poſſet, An pecunia quæ poſt patris mortem ſoluta eſſet filiæ pro legitima, imputari in legitimam deberet, quia proculdubio eſſet loco legitimæ, quamuis non legitima ipſa, quippe quæ in corporibus bonorum, nõ in pecunia debeatur. Idque ita eſſe apparet euidentiùs ex iis differẽtiis quæ inter dotem & legitimam & magnæ ſunt & multæ. Dos debetur à viuo patre, legitima nõ niſi à mortuo. Et cõſequenter dos cõgrua dicitur habita ratione bonorũ quæ tũ pater poſſidet cũ doté dat, vt diximus, legitima verò nõ poteſt eſſe cõgrua quin ſit ea ipſa portio quæ legibus definita eſt. Ita fit vt cõgruę dotis quãtitas ante cõſtitutionẽ ſẽper ſit incerta, legitimę portio cõtrà ſit certa ſẽper, etiá priùs quã à patre definita ſit. Nõ enim ex patris volũtate definiẽda eſt, ſed ex legibus. Dotem vt plurimùm & in dubio congruam facit ſola patris voluntas niſi grandis læſio proponatur, licèt minor ſit ea portione quæ pro legitima deberetur, ſi tùm pater decederet, vt Alexander tractat *conſ.* 33. *num.* 4. *vol.* 4. Interdũ etiá conſuetudo regionis, quæ tamen non ſemper congruã doté æſtimat ex congruæ legitimæ cõparatione. Legitimá verò congruã facit ſola lex quę certum modum huic rei conſtituit. Imò, quod magis mirũ eſt, ſi filia quæ dotem minùs congruã accepit, futuræ patris ſucceſſioni, adeóq; legitimę & ſupplemẽto legitimæ renuntiauerit, licèt placeat excluſa eã eſſe ipſo iure & iuriſiurandi poteſtate, ne legitimam aut legitimæ ſupplementum petere poſſit, nihilominus tamen agere poteſt etiam contra viuum patrem vt congruè dotetur, quemadmodum ſi nulla dos eſſet conſtituta, agere poſſet vt dotaretur. Quod tamen falsò diceretur ſi dos etiam data pro legitima iure legitimæ cenſeretur.

Ex contrario finge ampliſſimam dotem filię datam eſſe à patre,& quę excedat longè portionem illam quę patre tum moriente pro legitima filiæ deberetur,puta dimidiam partem bonorum quæ tunc pater habebat,ſi poſteà auctæ ſint patris facultates, nec renuntiatio vlla interuenerit, non eſt ex interpretibus aut pragmaticis qui dubitet quin ſalua maneat & integra petitio ſupplementi legitimæ ex bonis poſteà acquiſitis & mortis tempore in hereditate repertis. Sola enim renuntiatio legitimæ illa eſt quæ filię nocere poſſit, quia nec niſi per eam renuntiationem fit vt de futuris quoque bonis & acquirẽdis cogitatum eſſe videatur,vt latiùs à nobis tractatum eſt in Diſputationibus forenſibus, ex *l. ſi quando* 35. §. *& generaliter* iunct. *l. ſcimus* 36. *in princ.& §. repletionem C. de inoff. teſtam.* Non poteſt igitur videri dos eſſe loco legitimę,ne tùm quidem cùm dationis tempore inſpecto æquat, adeoq; excedit legitimam.

ERROR TERTIVS.

D filia quæ paterna ſucceſſioni,adeóque legitimæ cum iureiurando renuntiauit.

PACTIONES de futura viuentis hominis ſucceſſione iure ciuili non valent,ſiue de ſuccedẽdo ſint, ſiue de nõ ſuccedendo,quaſi repugnantes iuri publico, id eſt legibus,quæ & iuris publici partem faciunt,& ſuccedẽdi ius induxerunt, *l pactum quod dotalis* 15. *C. de pact. l. pactum dotali* 3. *C. de collat. l ſi quando* 35. §. *illud C. de inoff. teſt. l. fin. D. de ſuis & legit.* Hac vna tamẽ differentia,quòd pactum de ſuccedendo valet ſi conſenſus & volũtas interueniat tertij,de cuius ſucceſſione agitur,idque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de pact.*,cõtra iuris ciuilis rationem. Pactum verò de non ſuccedendo non valet,etiam ſi fiat cum eo ipſo qui non vult ſibi ſuccedi,vt ſequenti capite dicemus. Sed ſi iuſiurandum interuenerit, placet iure pontificio confirmari renuntiationẽ propter vinculum & religionẽ iuriſiurandi *ex cap. 2. De pact. in 6.* non ſolùm ſi renuntiatum ſit ſucceſſioni,ſed etſi legitimæ portioni, dummodò legitimę mentio facta fuerit ſpecialis. Generalem enim ſucceſſionis futurę renuntiationem non ſufficere certum eſt,ad excludendam legitimę petitionem, quę tanquam fauorabilior ſpeciali quodam iure tùm etiã debetur cùm ſucceſſio ipſa non debetur *d l. ſi quando* 35. §. *& generaliter. C. de inoff. teſt* Huius verò renuntiationis effectus ille eſt,vt filia quę renuntiauit ſucceſſioni cum iureiurando,ſuccedere poſteà non poſſit, quę verò renuntiauit legitimę,nec legitimam petere poſſit,nec ſupplementum : non magis quàm ſi renuntiationis tẽpore iam delata ſucceſſio fuiſſet,aut natum ius petendi legitimã vel legitimę ſupplementum. Ex quo pragmatici inferunt huiuſmodi filiam prò mortua,aut extranea habendam eſſe,quia non magis ſuccedere,aut legitimã petere poteſt, quàm ſi iam viuo teſtatore mortua, aut prorſus extranea eſſe proponeretur. Adeò vt ſi iis credimus etiam pręteriri impunè poſſit. Sic. n. Bart. in *l. pater filium. ff. de inoff. teſt.* & in *l. 1. §. qui habebat. de bonor poſſ. con. tab. Bald. in l. vnic. C. quãdo nõ petent. part. Paul. Caſtr. in l. planè. §. ſi duobus de leg.* 1. Ego verò conſecutionem hanc penitus falſam eſſe, & à iuris ratione alienã auſim dicere. Certum enim eſt quod interpretes quoque admittunt, huiuſ-

mo ſi omnes renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis, ſiue legitimæ, aut ſupplementi legitimę, tacitam habere conditionę, ſi ſucceſſio aut legitima deferetur, vt elegáter *Caſtrenſis* tractat ad *l. qui ſuperſtitis* 94. *D. de acq. hered.* Fieri ſiquidem per rerum naturam non poteſt; nec verò intellectus cogitatione percipi vt excludatur quis ab acquirenda ſucceſſione aut qua alia re, priuſquam ea delata ſit, & ſicuti delatio præcedit neceſſariò acquiſitionem, ita & repudiationem, aut quod idem eſt, renuntiationem. Vnde fit, vt ſi ſub conditione, vel ex die certa nobis legatum ſit, ante conditionem vel diem certum repudiare non poſſimus, quia nec pertinet ad eos antequàm dies veniat, vel conditio exiſtat, inquit Pōmponius in *l. ſi ita ſit ſcriptum* 45. *§. ſi ſub condtione. de legat.* 2 Hoc verò ſi ita eſt, omnino ſit cōſequēs vt ea renuntiatio nō impediat delationę hereditatis aut legitimæ, ſed tantùm acquiſitionę, ſuccedente ſcilicet poteſtate renuntiationis eo ipſo inſtanti quo delatio fit, vt acquiſitio ipſa impediatur. Quemadmodum dici ſolet, cùm id quod ſub cōditione debetur purè quis nouandi animo ſtipulatur, non ſtatim nouationem fieri, licèt pura ſtipulatio aliquid egiſſe videatur, ſed tunc demum cùm conditio extiterit. Etenim exiſtens conditio primam ſtipulationem committit, commiſſamque in ſecundam transfert, *l. quoties* 14. *§.* 1. *D. de nouat.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi fortè perſona promiſſoris pendente conditione fuerit deportata, ne quidem exiſtente conditione vllam conungere nouationem, quoniā nunc cùm exiſtit conditio, non eſt perſona quæ obligetur. Eadem ergo ratione dicendum eſt, Facta renuntiatione futuræ ſucceſſionis vel legitimę ſub ea cōditione neceſſaria, ſiue expreſſa, ſiue tacita, ſi hereditas aut legitima deferetur, ſi intereà, id eſt, ante conditionem exiſtentem, & viuo patre filia moriatur, nullam vim eſſe renuntiationis, quia non ſupereſt perſona quæ per renuntiationem obligetur, cùm obligatio non priùs poſſit incipere quàm delatio fiat, nec delatio fieri, niſi mortuo patre. Quòd ſi delatio per renuntiationem non impeditur, illud quoque fatendum eſt non poſſe filiam haberi pro mortua aut pro extranea, cui ſucceſſio aut legitima defertur: non.n. præmortuæ filiæ, aut extraneæ perſonæ deferretur. Indęque nimirum eſt, quòd licèt non admittatur ad partem ſiue hereditatis, ſiue legitimę, facit tamen partem, id eſt computatur in numero liberorum, vt ipſi quoque pragmatici cōſentiunt, & verum eſt, inde etiam quòd nec impunè præteriri poteſt in patris teſtamento, vt diſputabimus *Decade ſequenti.* Inde denique quòd renuntiatio filiæ non nocet nepoti ſi filia viuo patre deceſſerit, quia pro non facta habetur renuntiatio, cuius conditio numquam extitit. Quod ipſum tamen quia ſuas controuerſias & diſtinctiones habet, pluribus à nobis tractandum & diſputandum erit in ſequentibus.

ERROR QVARTVS.

De pacto de non ſuccedendo.

CVM quæritur, an pactum de futura viuentis hominis ſucceſſione valeat, ſiue de ſuccedendo factum ſit, ſiue de non ſuccedendo, non ſolent pragmatici diſtinguere, aut ſi qui ſunt qui diſtinguant, malè &

lè & perperam distinguunt. Ea namque distinctio quibusdam placet vt pactum ne succedendo non valeat, quia auffert liberam testandi facultatem ex *lege, stipulatio hoc modo concepta* 61. *D. de verborum obligationibus*, *lege quarta*, *Codic. de mutuis stipulationibus lege*, *cum donationis* 34. *Codic. de transactionibus*: pactum verò de non succedendo valeat, quia liberam testandi facultatem non modò non restringit, sed etiam ampliat, quippe quod certum sit minimè pertinere ad causam successionis testati, sed tantũ ad excludendam successionẽ intestati. Ita *Capell. Tholos. in Decisionibus*, quæ distinctio apertè falsa est. Vera enim & germana ratio improbandi pacti de succedendo non illa est, quam isti putant, quòd auferat liberam testamenti factionem, quæ sanè cessaret in pacto de non succedendo. Sed illa potiùs, quòd succedendi ius sit ex iure publico, id est ex legibus, siue de testamentaria, siue de intestati successione agatur. Nam vt sæpius iam à nobis dictũ est, lex duodecim tabularum non modò testandi licentiam ciui Romano dedit, sed etiam hereditatum heredúmque ab intestato iura induxit, *l. 3. D. qui testa. facer. poss. l. verbis legis* 120. *l. lege obuenire* 130. *D. de verb. signific.* Proinde ius & immunis sit legibus, nõ solùm si testandi libertas pactione aliqua cõstringatur, sed etiam si per pactum quis impediatur ab intestato ei succedere cuius vel filius sit, vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum caussa est in succedendo: si suus heres non sit, agnatus proximus familiam habere iubetur. Atqui tritum illud est, priuatorum pactionibus iun publico derogari nec posse, nec debere, *l. ius publicum* 38. *D. de pact. l. Neratius* 20. *D. de relig. & sumptib. funer. l.* 1. *§. si inter* 9. *D. de magistr. conuen. l. quod bonis* 15. *§.* 1. *D. ad l. falcid. l. Cerdonem* 42. *D. de oper. libert.* Igitur non magis fieri potest vt valeant pactiones de non succedendo, quàm quæ sunt de succedendo. *l. pactum dotali* 3. *C. de collat. l. si quando* 33. *§. illud C. de inoff. testam. l. vlt. D. de suis & legit.* Possunt equidem aliæ etiá rationes adferri, sed minùs germanæ & propriæ, qualis illa est, quòd improbùs esse videatur quisquis sollicitus est de successione viuentis, *l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. substit.* Dicitúrque festinare contra bonos mores & contra ius gentium *l. donari* 29. *alias l. quidam §. donationem D. de donat.* Etsi enim pertinet ea ratio non minùs ad pactiones quæ fiũt de non succedẽdo absenti, quàm ad eas quæ fiunt de succedendo, non tamen similiter locum habet in eo qui pactus sit de non succedendo ei ipsi cum quo pacisci tur, quia non potest videri sollicitus de viuentis successione qui sibi ipsi præripit succedendi facultatem. Et tamen non eo minùs verum est pactionem non valere. Sic & ratio illa qua Papinianus mouebatur ne pateretur valere cõuentionem factam inter patrem & filium De querela inofficiosi testamenti numquam per filiũ mouenda, quòd meritis potiùs filij ad paterna obsequia prouocandi sint, quàm pactionibus adstringendi, vt Iustinianus refert in *dicta lege, si quando, § illud. Cod. de inofficioso testamento.* licèt elegans sit, & recta fauore liberorum, non tamen germana est, vt ex eo apparet quod non conuenit parentibus, si fortè filius cum parente pactus sit ne conqueri de inofficioso filij testamento possit mater, aut etiam pater, si filius emancipatus fuit, cùm tamen perinde improbata sint huiusmodi pactiones cùm fiunt in odium parentum, atque cùm fiunt in odium liberorum. Non enim minùs fauorabilis est caussa parentum turbato mortalitatis ordine, licèt non tam naturæ iure, quàm sanguinis

& miserationis ratione liberorum hereditas parentibus debeatur *l. nam etsi* 17. *D. eod. l. scripto* 7 §. 1. D. *vnd liberi.* Quamquam non ignoro aliter quibusdam visum esse, existimantibus pactum de non succedendo valere cùm in odium parentum factum est, ex *l.* 1. §. *si parens.* D. *si à parent. quis manum.* Sed longè alia eius loci sententia est, vt non obscurè quivis videre potest, & hos alias pluribus disseremus. Illa sanè ratio adferri potest generalis ad pactiones omnes siue de succedendo sint, siue de non succedendo, vt non valeat, quòd fiunt de re quæ in rerum natura non est: Neque enim viuentis hominis hereditas vlla est, de qua pacisci possis vt ad te aliquando perueniat, vel numquam. *l.* 1. *D. de hered. vel act. vendit. l. qui superstitis* 94. *de acquir. vel omit. hered.* Sed si propiùs inspicias, eôdem ratio illa recidit quò prima quam attulimus. Ideò enim viuentis hominis hereditas nulla est, quia lex ea est quæ facit hereditatem eo ipso instanti quo hereditatem defert, non autem defert nisi patrefamilias defuncto, quia nec potest: quandoquidem inducendæ hereditatis necessitas nō alia fuit, quàm vt esset, qui defuncti & domini personam repræsentaret vt dominium in heredem continuari posset, viuo autem patrefamilias qui ipse dominus rerum suarum est, neque necesse est alium induci qui personam ipsius repræsentet, neque fieri potest vt inducatur, non magis quàm vt duo eiusdem rei in solidum domini esse possint. Illud ergo pro constanti & indubitato sit, eodem iure censeri pactiones omnes de succedendo & non succedendo, nec has magis, quàm illas valere posse. Sed tamen aliquam inter eas differentiam constituendam esse arbitror, quam neque ex pragmaticis, neque vt puto ex interpretibus quisquam in hunc vsque diem agnouit. Hanc nimirum, quod ex Iustiniani constitutione *in l. vlt. C. de pact.* valet pactum de succedendo, si inter duos factum sit de hereditate tertij, & tertius ille consentiat, in eáque voluntate ad extremum vsque vitę suæ diē perseueret: Pactum autem de non succedendo nec tum quidem valet iure ciuili, cùm is de cuius hereditate agitur, volūtatem suam interponit. Nam si Iustinianeæ legis verba inspicias, nulla ibi mentio fit pacti de non succedendo, sed duæ species proponuntur quæ ambæ pertinent ad pactum de succedendo. Prima illa est, si conuenerit inter plures fortè agnatos aut cognatos vt quæ ad eos perueniet Titij hereditas, certo modo diuidatur, altera, si pactum interuenerit vt qui ex pluribus hereditatem aliquam habiturus est, scilicet ex testamento aliquid vicissim eo nomine cæteris præstet. Vtraque pactio duplicem habet conditionem, si mortuus erit is de cuius successione agitur, & si ad eius hereditatem vocentur ij qui paciscuntur. Vtraque igitur de succedendo est, non de non succedendo. Si verò iuris rationem intueare, euidens hac parte differentia est, & ratio diuersitatis inter pactionem quæ de succedendo tertio facta sit, & eam quæ de non succedendo. Cùm pactum fit de succedendo vt in vtraque illa specie quam Iustinianus tractat, nihil fit contra leges ex qua parte ius succedendi legibus introductum est. Vtraque enim conuentio fit in casum delatæ hereditatis, & consequenter in eum casum quo legibus satisfactum sit. Legum enim potestas, quod ad heredit attinet in eo tantùm consistit, vt hereditatem deferat, non in eo etiam vt acquiratur hereditas cui fuit delata. Nam sicuti delatio quælibet hereditatis est ex lege, ita acquisitio non nisi ex hominis cui lex detulit, facto ac voluntate. Satisfit igitur legi si modò delatio non impediatur, id est, dum ne pactione id agatur, vt legis potestati in deferenda hereditate occurratur. Quo-

modo

modo dicimus pactionem quę fit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda esse contra legem Falcidiam si fiat viuo testatore, quia nullatenus eo tempore legis potestas est, at non esse cõtra legem, si fiat eo mortuo, *l. quod bonus* 15 §. 1. *D. ad leg. falcid.* quia non illud legis falcidiæ propositum est vt heres omnimodo quartam ex legatis deducat, sed tantùm vt deducere possit si velit. Illud duntaxat apud Iustinianum faciebat dubitationem vt pactiones nõ valere viderẽtur, quòd, vt diximus, improbasit & suspecta, maligq; omnibus & periculosi euentus plena sollicitudo illa de hereditate viuẽtis. Sed non putat Iustinianus locum id habere cùm is, de cuius hereditate agitur, pactionem scit & probat, nec voluntatem subinde mutat. Nam & iam olim id obtinebat vt non aufferretur tanquam indigno hereditas ei qui viuo patrefamilias de futura hereditate pactus fuisset, sciẽte testatore, sed illi de mùm qui eo ignorante *l. 2. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* At cùm inter Titium & Sempronium fit pactum de non succedendo Mæuio, id est, ne Titius proximior agnatus Mæuio quandocũque intestato morienti succedat, licèt Mæuius cõsentiat, pactio tamen non valet, non quidem propter improbam illam sollicitudinem quę sanè ex Męuij consensu interueniente purgatur, sed alia ratione quę tota est meri iuris, quia fieri nõ potest quin ea pactione subsistente legum autoritas violetur quę proximiori agnato deferunt hereditatẽ. Quid enim aliud pacisscentes illi agunt, nisi vt quantũ in se est impediant ne legis potestas vlla sit, id est ne agnato proximo hereditas deferatur? Proinde consensus Męuij facere nequit vt pactũ cõfirmetur, quia nec in eius potestate est facere ne leges in hereditate sua locũ habeãt, siue testatus siue intestatus moriatur. *l. nemo potest* 55. *de legat. 1. l. sius adgnationis* 34. *D. d. pac.* Dices fortasse pro pragmaticis, Pactum quoque de non succedẽdo perinde ac pactũ de succedendo tacitam habere conditionem illam si quandoq; hereditas pacisscenti deferetur, vt superiore capite dicebamus. Respondeo id non fieri vi & potestate pacti, cùm pacisscentium mens vtique talis fuerit vt & ipsa hereditatis delatio, si fieri posset, impediretur, sed quia lex ipsa pacto potentior est, inuitúsque pacisscentibus hereditatem defert aut heredi scripto si testamentum factum sit, aut agnato proximiori ab intestato *d. l. vlt. D. de suis & legit. l. 3. C. de collat.* Quare non eo minùs inutile pactum est quòd contrahentium voluntas effectum non sortiatur. Imò inutile est ob hoc ipsum quod contra legem factum est, ipsiúsque legis autoritate superatur. *l. iuris gentiũ* 7. §. *ait prætor* 7. *l. contra* 28. *D. de pact. l. pacta quæ contra* 6. *C. eod.* Nam cùm dicimus Pactum aliquod fieri contra legem non illud intelligimus, Facto legem destrui quod fieri numquam potest, sed tale pactum esse quod si valeret legem destrueret, ideóque lex ei resistit vt non valeat, priúsq; necesse est vt lex hereditatem deferat, quàm delationis effectus impediatur. At pacta illa de succedendo quę Iustinianus valere vult accedente tertij cõsensu, in eum nominatim casum fiunt quo ex legibus hereditas deferatur, in usque voluntas pacisscentium cum potestate legis concurrit, vt hereditas eis ipsis deferatur quibus ęquè deferretur, etiamsi pactio nulla interuenisset. Nec aliter accidere potest, quoties inter duos fit pactum de succedendo tertio, vt potiùs dici debeat pactum de diuidẽdo quàm de succedendo si fiat in casum quo pluribus deferetur hereditas, aut pactum de remunerãdo si ille exprimatur casus, quo ad vnum dũtaxat ex pluribus eiusdem gradus agnatis aut cognatis hereditas peruentura sit. Atque hęc quidem ita, vt diximus, se habent iure ciuili, neq;

Iuſtiniani cõſtitutio pertinet ad pacta de non ſuccedẽdo. Sed tamen iure põtificio totum hoc ius ciuile conturbatum, ne dicam abrogatum eſt, quoties in pactione de non ſuccedendo iuiurandum interuenit *ca. quamuis pactũ. de pact. in 6.* nec quicquam hodie frequentius eſt huiuſmodi pactionibus, præſertim ad excludẽdas à paterna ſucceſſione adeóque à legitima filias quę nubentes dotem a patre acceperunt. Quamquam interpretibus noſtris placet, non aliud dicendum eſſe tametſi filia nulla accepta dote renuntiauerit, dummodò adhibito iureiurando, ſcilicet propter autoritatem & religionem iuriſiurandi, licèt ea res ſoleat præbere materiam reſtitutionis in integrum ex cauſſa immodicæ læſionis, priùs tamen impetrata abſolutione. Illud tamen obſeruandum eſt ita demum prodeſſe poſſe iuſiurandum ad validandam pactionem inter alios factam de non ſuccedẽdo tertio ſi tertius ille conſentiat: alioqui non haberet locum ratio illa qua põtificius legiſlator mouetur quòd iuramentum hoc non redundet in alterius detrimentum. Redundaret enim in detrimentum tertij qui pactionem ignoraret periculoſi euentus plenam.

ERROR QVINTVS.

De filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit.

CONSENTIENS interpretum & pragmaticorum omniũ vox eſt, filiã quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauita, dhibito vt fieri ſolet, iureiurãdo, ſiue dotẽ ſiue nihil à patre in eã rẽ acceperit, non eo minùs tamẽ admitti poſſe mortuo quãdocũq; patre ad petẽdã legitimã aut legitimæ ſupplemẽtũ, ſalua dotis imputatione, aut ſi quid aliud acceperit quod ſui natura debeat in legitimã imputari. Sic. n. *Boer. qu. 3. n. 10* & *And. Tir. in l. ſi vnquã in prin. n. 155. C. de reuo. don.* Cuius ſentẽtiæ ratio illa adferri ſolet q alia ſint iura legitimæ, alia ſucceſſionis, quandoquidẽ legitima nõ ſolùm debetur iure naturæ, & veluti æris alieni loco, ſed etiam ita debetur, vt non ſucceſſionis quota ſit, ſed bonorũ. Ex quo iidem inferunt filiam etiam dotatam & à ſucceſſione excluſam propter maſculos non tamen excludi à legitimæ petitione, niſi ſtatutum ſpecialem faciat legitimæ mentionem: vt refert *Antoninus Teſſaur. deciſ. Pedemont. 159. num. 2.* Solet enim eadẽ vis eſſe ſtatuti & renũtiationis iuratæ ad filiam excludendam, quia vix eſt vt ſtatuto fieri poſſit niſi quod per pactum fieri poſſet. Mouit autem noſtros in hanc ſententiam illa etiam Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſt a.* vbi ſcriptum eſt, ſi quando pater filio minus legitima portione reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſſa donatione, vel inter viuos ſub ea conditione vt hæc in quartam donatio ei cõputetur, & filius poſt obitũ patris hoc quod relictum vel donatum eſt agnouerit, fortè & ſecuritatem heredibus fecerit, quod relictum vel datum eſt accepiſſe, non adiiciens nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi filium facere præiudicium, ſed legitimã partẽ repleri, niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha ſiue in trãſactione ſcripſerit vel pactus fuerit, quòd contentus relicta vel data parte, nullam de eo quod deeſt habeat quæſtionẽ: quo ſolo caſu vult Iuſtinianus omni excluſa querela cogi filiũ vt paternũ iudiciũ amplectatur. Ex eo namque noſtri inferunt, non aliter legitimę renuntiatũ intelligi, quàm ſi ſpecialis mẽtio legitimę facta ſit: ne tùm quidem cùm legitima iam deberi incipit, id eſt defuncto iam patre.

Quanto

Quanto minùs enim æquum eſt ad legitimam produci generalem renuntiationem, quæ de ſucceſſione tantùm facta ſit eo tempore quo necdũ legitima vlla debeatur, nec ciuili iure inſpecto renuntiari legitimæ vuliter poſſit? Eſt enim illa certè multò odioſior, & conſequenter ſtrictiore digna interpretatione, quia nihil fit cõtra leges, cùm filius eo tempore legitimæ renuntiat quo iam legibus ſatisctum eſt, id eſt, quo petendæ legitimæ ius habet, ſi modò petere velit. At cõtra leges eſt renũtiatio per quam fit ne ſucceſſio aut legitima portio ex legibus ſuo tempore deferenda vnquam deferatur, vt ſuperiore capite à nobis diſputatum eſt. Mihi verò ſententia hæc probari numquam potuit. Poſtquam enim pontificio iure inductum eſt, vt futurę ſucceſſionis iurata renuntiatio valeat, eiúſq; poteſtate filia quę renuntiauit ab omni ſucceſſionis, præter quàm teſtamentariæ ſpe & cõmodo excludatur. Planè nũ poſſum intelligere qua ratione fieri poſſit vt ad legitimæ petitionẽ admittatur, quæ ab ipſa inteſtati ſucceſſione penitus excluſa eſt. Repugnat enim mera iuris ratio, quæ legitimam definit portionem hereditatis aut partis hereditariæ ab inteſtato cõtingentis. Neque ſanè defendi iure poteſt, legitimã vllá deberi ei cui ſuccedendi ius ab inteſtato nullũ ſuperſit *l. poſthumus 6. in princip. & §. 1. D. de inoff. teſtam.* Nec eſt quod obiicias ex iis quæ ſuprà diximus, renuntiationem illam futuræ ſucceſſionis habere tacitam conditionẽ, ſi ſucceſſio quándoque deferatur, nec minùs cùm iurata renuntiatio eſt quàm ſi iurata nõ ſit, quia non poteſt iuramentũ facere id poſſibile quod ſui natura eſt impoſſibile, cui uſmodi illud eſt, vt propter renuntiationem excludatur quis ab acquiſitione hereditatis antequàm ſit delata hereditas. Ex quo inferre fortaſſe velis, ſicuti ex ea renuntiatione non impeditur delatio ſucceſſionis, ita neque impediri poſſe petitionem legitimæ quæ ex totius ſucceſſionis cõparatione certa conſtituí poteſt. Nam reſpondeo rectá duntaxat fore conſecutionẽ, ſi ex eo quod renuntiatio quantumlibet iurata nõ impedit delationẽ ſucceſſionis, colligas neque legitimæ delationẽ impediri. Sed quemadmodũ renuntiatio impedit acquiſitionem ſucceſſionis, quia quo inſtanti defertur hereditas, eo ipſo ſuccedit poteſtas renuntiationis, quæ vires ſuas exerit, vt acquirendi facultatem auferat renuntianti arg. *l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. & l. quoties 14. D. de nouat. l. ſub cõditione 16. D. de ſolut.* Ita dico protſus cõſequẽs eſſe, vt eodem inſtanti quo deferretur alioqui legitima, excludatur filia à legitimæ petitione: quia prius eſt vt quis capax ſit habendæ ab inteſtato ſucceſſionis, quàm vt capax ſit legitimæ conſequendæ, aut certè in eodem temporis momento vtrumque accidere neceſſe eſt. Quid enim ſi teſtamentum nullum factum ſit? Nemo vtique dixerit querelam inofficioſi teſtamenti cõpetere poſſe. Contra quem igitur petitio legitimæ inſtituenda erit per filiam quæ renuntiauit? An contra inteſtati ſucceſſorem? At nec hoc quidem vnquam auditum eſt, non ſolùm quia non aliis petendæ legitimæ ius datur, quàm qui ab inteſtato legitimi forent ipſi ſucceſſores, ſed etiam quia inteſtati ſucceſsio ſemel per legem delata numquam recurrit, ſed tota legis poteſtas quæ in deferenda hereitate verſatur, vnica delatione conſumitur. Recurrere autem neceſſe eſſet, ſi is qui legitimam præſtare nolet, mallet totam inteſtati ſucceſsionem derelinquere. Iam enim alio loco monuimus non eſſe audiendum eum qui legitimam petit, ſi totam hereditatem habere poſsit, eámque repudiet vt legitimam ſolam conſequatur. Neque pro interpretum & pragmaticorũ errore tuendo facit cõſtitutio Iuſtiniani à

nobis relata in *d.§. & generaliter*. Tractat enim eo loco Iustinianus casum illum quo legitima filio debeatur, adeóque in quo posset filius queri de inofficioso patris testamento, eóque per querelam rupto, ipse ab intestato succedere nisi alia præcedēte Iustiniani constitutione quæ extat in *l. omnimodo* 30. *C. eo.* cautū esset ne filius cui aliquid vel minimū pro legitima relictū est, possit conqueri de inofficioso, sed ad supplementum agere cogatur. At nos tractamus de filia quæ per renuntiationem iuratam & iure pontificio adprobatam exclusa sit, non modò à testamentaria patris hereditate, alio siue suo siue extraneo herede instituto, sed etiam, quod magis est, ab intestati patris successione. Iustinianus eum casum tractat quo nulla prorsus renuntiatio facta sit, neque legitimæ neque successionis. Nos illum quo renuntiatum sit successioni, & quidem eo tempore quo neque dum legitima vlla debeatur, & cœperit fieri non posse vt vlla vnquā debeatur. Fateor legitimam quæ semel cœpit esse debita, id est ex quo paterfamilias vita functus est, nihil habere commune cum iure successionis vniuersalis, quia non est quota iuris, sed bonorum, id est rerum singularium, quæ deducto ære alieno in hereditate reperiuntur. Sed hoc contendo, si priusquàm de legitima quæri possit, id est viuo adhuc testatore excludatur à spe hereditariæ successionis filius aut filia, cui alioqui legitima suo tempore debita iri certū esset, nihil esse quod de legitimaria portione tractari amplius possit. Illud etiam facilè admitto quod nostri ad Iustinianeam legem notant: Si quid filio aut filiæ relictum sit minus legitima etiam cum hac adiectione *pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil præterea vnquàm petere possit*: idem tamen iuris esse debere quod Iustinianus in *d.§. & generaliter*, constituit, vt quamuis filius aut filia legatum agnouerit, adeóque apocham de eo conscripserit, nihilomagis à legitimæ petitione excludatur: quoniam, vt interpretes quoque obseruarunt, adiectio illa pro nulla & non scripta habenda est, vt pote quæ non nisi in fraudem legitimæ facta sit, & contra Iustiniani constitutionem in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. eodem.* Sed nego posse ex eo inferri quod pragmatici volunt, renuntiationem successionis non sufficere ad inducendam legitimæ renuntiationem, si renuntiatio facta sit, priusquàm legitima deberi cœperit, non quòd legitima in successione quasi pars in toto contineatur (quò pertinent omnes in contrarium pragmaticorum omnium ratiocinationes) sed in necessariam consequentiam, quia vt sæpius dictum est, fieri non potest vt ei qui à spe legitimæ successionis omnino exclusus est, legitima vlla portio debeatur. Nec simile est quod aliquando euenire cernimus, vt filio eripiatur successio, & legitima tamen salua relinquatur, vt in specie *Authent. si qua mulier C. de sacrosanctis ecclesiis*, id est cùm quis monasterium ingressus prior decessit quàm bona sua inter liberos diuisent, quo casu vult Iustinianus legitimam solam filios percipere, reliquam substantiam ad monasterium peruenire: aut cùm filius monitus non impleuit voluntatem patris intra annum, *Authent. hoc amplius C. de fideic.* His enim casibus non datur legitima ei qui sit incapax habendæ successionis, sed è contrario relinquitur tanquam debita aut potius iam acquisita ei qui potuit totam habere successionem, si pater bona inter liberos diuidere vel ipse patris voluntati obsequi voluisset. Et vt dicam distinctiùs, quia constitutionum casus diuersi sunt, diuersamque habentes rationem, Patre monasterium ingresso non tā incapax successionis dicendus est filius, quàm nulla esse successio quę filio

deferri

deferri poſſit, quoniam quiſquis monaſterij ingreditur ipſo ingreſſu ſe ſuáque Deo dicare intelligitur *Auth. ingreſſi C. de ſacroſ. eccleſ.* quamuis Iuſtinianus fauore liberorum permittat vt etiam poſt ingreſſum ſuperſit facultas diuidendi inter liberos & monaſterium ex æquis portionibus patrimonij. Legitima tamẽ liberis omnimodo debetur, quia in fraudem liberorum alioqui religioné ingreſſus pater vt eretur, acti bona ſua omnia viuus alicui donaſſet, niſi quod illo caſu querela inofficioſæ donationis competeret quę nõ tantùm pro portione legitimę, ſed in totum reſcinderet donationem. Hoc verò caſu ſola liberis legitima debetur fauore monaſterij & religionis. Cùm autem filius contumax fuit in voluntate patris implenda, auffertur ei ſucceſſio tanquam indigno, legitima tamen non auffertur, quę ſemel competit, ſed penes eum relinquitur tanquam ipſi debita ſaltem naturę, ſi non ſucceſſionis iure. Difficiliùs enim eſt vt filio legitima portio, quàm vt ſucceſſio eripiatur, ſed nõ vt eius acquiſitio impediatur vbi ſpes ſuccedendi abſciſſa eſt per iuratam renunciationem, priuſquàm ſucceſſio deferatur. Quod verò ab Imperatoribus Arcadio & Honorio conſtitutum eſt in *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* vt eorum qui læſę maieſtatis rei & cõuicti fuerint, filiabus non etiam filius ſalua ſit legitima, reliqua verò ſucceſſio tota fiſco addicatur, propriam & peculiarem habet rationem poſitam cùm in ea ipſa lege, tum etiam in *l. vlt. D. de bon. damnat.* Sanè alia ratio eſſe videtur quartę, quam ex diui Pij conſtitutio ne habere debet filius adoptiuus in bonis patris arrogatoris. Illa enim debetur ex principali prouidentia, & tanquam ęs alienum, non autem ex comparatione ſucceſſionis ab inteſtato ſperandæ. Ideóque nec per querelam inofficioſi teſtamenti petitur quomodo ea de qua agimus, quæ liberis naturalibus in bonis parentum debetur, *l. ſi adrogator 22. D. de adopt. l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bono.* Nã quod alicetus ſcripſit in *Auth. nouiſſima. C. de inoff. teſt. am.* legitimam dici portionem ſucceſſionis ab inteſtato contingentis, reſpectu quotæ demonſtrandæ potiùs quàm reſpectu ſucceſſionis ab inteſtato neceſſariò requirendę, falliſſimum ſanè eſt, nec vllo iuris loco comprobatum.

ERROR SEXTVS.

De caſibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſſione per legem aut conſuetudinem excluſus eſt.

Is quæ proximè diximus, conſequẽs eſt vt inſignes alios duos pragmaticorum magis quàm interpretũ errores refellamus. Nam ſi quis dediticiæ cõditionis, &, vt loquũtur, talliabilis homo, & manuſmortuę deceſſerit ſine liberis, relicta matre ſuperſtite, ita vt in vtilitatẽ dominij feudalis commiſſa ſit lucrandę ſucceſſionis ſtipulatio, putant deberi legitimã matri perinde acſi filius extraneo herede inſtituto deceſſiſſet; ratione illa, quòd licèt ex iure cõſuetudinario apud nos receptiſſimo, qui huius conditionis ſunt homines, aliũ quàm dominũ ſucceſſorẽ habere nõ poſſint, ſeparata tamẽ ſunt, inquiũt pragmatici, iura legitimę & ſucceſſionis: eſſetq; duriſſimũ auffertri matri nõ modò luctuoſam filij hereditatẽ, ſed ipſam quoq; legitimã portionẽ, quę ſanè nõ minùs debetur aſcendẽtibus in bonis deſcẽdẽtiũ intuitu pietatis & miſerationis, quàm deſcendẽtibus in bonis aſcẽdentiũ ex voto parentũ & naturali ratione, *l. nam*

etsi 17. *D. de inoff. test. l. scripto* 7. §. 1. *D. vnd. liber. l. vlt. D. de bon. damnat.* Sed respondeo, imò verò fieri non posse vt matri debeatur legitima in bonis filij defuncti, non illa solùm ratione quam nos in superioribus probauimus, quòd legitimæ habendæ capax non sit persona quæ totius successionis consequendæ incapax est, maximè si neque testamento heres institui potuerit (in quo deterioris conditionis est mater hæc, de qua nũc agimus, quàm filia quæ paternę successioni renuntiauit, quæ institui nihilominus à patre potest) sed etiam quia singulare ius est feudorum & bonorũ feudalium vt à descendentibus numquam recurrant ad ascendentes *cap.* 1. *de natur. succes. feud.* Qua de caussa nec pragmatici ipsi negant si bona tantùm talliabilia proponantur, nõ etiam caput defuncti, & aliqua in hereditate bona sint libera, & vt vocãt, allod alia, legitimam quam matri deberi volunt ex bonis allodialibus, non ex talliabilibus confici debere, ne alioqui feudali domino fiat iniuria, & bonorum conditio violetur. Etsi verò cùm bona nulla filius reliquit nisi talliabilia, dutum videtur nullam omnino partem bonorum matri deferri, illa tamen ratio adhuc specialior matri obstat ne legitimã vllam petere possit, quòd eo ipso instanti quo talliabilis moritur, ac proinde illo adhuc viuo (instans enim mortis computatur vitæ, nõ morti, *l. qui duos* 18. §. 1. *de manum. testam. l. vlt. D. de condic. inst.*) bona omnia quæ tum habet deuoluuntur ad dominum, commissa scilicet eo instanti stipulatione siue expressa, siue per consuetudinem subintellecta De bonis domino acquirendis si talliabilem sine liberis mori contingeret. Certum enim esse incipit, mori sine liberis eum qui quo tempore moritur, nullosdum liberos habet, etiamsi vxorem habeat de qua dubitetur an prægnans sic nécne, si modò re vera vacuo ventre mulier fuit, *l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Porrò nemo dixerit legitimam deberi matri in bonis quæ domini sint, non filij, licèt ea filius laboribus suis quæsierit, licèt namque legitima sit quota bonorum, non hereditatis, vt sæpiùs diximus, conficienda tamen est ex iis bonis quæ in hereditate defuncti reperiuntur deducto ęre alieno, prorsúsque inauditum est vt cuius hereditas nulla est, is legitimam vllam aut matri aut alij personę debere possit. Itaque dominum feudalem anomalum successorem vocamus, quia cùm nulla talliabilis defuncti hereditas sit, non potest is videri heres esse, aut heredis loco: nec quod tenetur ad ęs alienum, ad rem facit. Id enim ob eam caussam fit, quia cùm bona occupet iure quasi peculij, non aliud in bonis esse intelligitur, quàm quòd supersit deducto ęre alieno: nec ęquum est decipi creditores, qui hominis pro libero se gerentis conditionem ignorantes, fidem eius bona fide secuti, totúmque ipsius peculium veluti proprium eius patrimonium intuiti sunt. Et hanc quam defendimus sententiam, vt matri nulla in bonis defuncti talliabilis legitima debeatur, defendit Guillelmus Benedicti, licèt non hac qua potissimũ mouemur ratione adductus, in *repet. cap. Raynutius. in verb. & vxorem. num.* 50. *Extr. de testam. post Angel. cons.* 105. Alius pragmaticorum nostrorum error est, quòd si maior annis vigintiquinque mater intra annũ non petierit tutorem filio impuberi, aut suscepta filij tutela ad secundas trãsierit nuptias non petito tutore, nec redditis rationibus, solutísque reliquis (tria enim hęc eo casu cõiunctim requiruntur) putãt saluã ei manere legitimę portionis persecutionẽ, quia, inquiũt, lex nõ adimit ei nominatim legitimã, licèt adimat omnẽ defuncti impuberis successionẽ, nec ab intestato duntaxat, sed etiã ex testamẽto, si fortè pater impuberi filio testamentũ fecerit per substitutionem

pupillarem

Digitized by Google

pupillaté *l.mater 3.l.omnem 6.D.ad SC.Tertyll. l.2.§. si mater non petierit. D. eod.l.sciant.10.C.de legit.here.* Ego contrà nõ ſolùm moueor generalibus verbis legis quæ omnem ſucceſſionem in propoſita ſpecie matri adimit,itémq; ratione illa etiam generali quòd qui incapax eſt ſuccedendi ab inteſtato, ſit & incapax legitimæ conſequendæ, ſed illa etiã quòd mulieris tanto odio dignæ fauor nullus ſit propter quem huiuſmodi interpretatione debeat adiuuari.Ratio enim legis illa eſt,ob quam priuat matrem filij impuberis ſucceſſione,quòd vitam filij quam præcipuæ curæ habere debuit, neglexiſſe videatur,quæ aut tutorem ipſi intra annum non petiit,aut ſuſcepta tutela nec alio priùs petito tutore,nec redditis rationibus ſolutiſque reliquis ad ſecunda vota conuolauit.Quis námque ferat lucrum eam ſentire ex morte filij cuius vitam neglexerit? At legitima non niſi poſt mortem & propter mortem debetur. Perinde igitur tam æquitatis quàm iuris ratione fatendum eſt legitima æquè ac inteſtati ſucceſſione ex his cauſſis priuandam matrem eſſe.Quod & ante nos ſenſit *Baldus conſ.* 140.*incip. Viſo teſtamento Henrici.vol.1. Barbat. conſ.67.vol.3. Anton.Gabriel.in commun.opin.lib.6.tit. De tutel.num.*15.

ERROR SEPTIMVS.

De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitimæ.

QVARÒ accidit vt nubenti filiæ dos detur, quin ea dotis dandæ cauſſa adſcribatur, vt ſi dos pro legitima,aut,vt notarij exprimere ſolent,pro omni iure legitimæ,& ſupplementi legitimę: Addũt etiam aliquando & impertiſſimè pro trebellianica,licèt ea ſpecies proponatur in qua nec de fideicõmiſſo, nec cõſequenter de trebellianica tractari vllomodo poſſit. Sed non ſemper euenit, vt ea renuntiatio adhibeatur,cuius poteſtate fieri iam diximus, cùm iuſiurándum acceſſit,vt à petendæ legitimæ iure filia repellatur. Quo tamen caſu,id eſt,cùm renuntiatio nulla interuenit,ſed tantùm confeſſio ſolutæ aut conſtitutæ dotis pro omni legitimę iure, dubitari interdum ſolet,an aliqua legitimę petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre. Et pragmaticorum ſententia eſt, licèt nec omnium, nec peritorum, poſſe verba illa, quę retulimus ſufficere vt legitimæ renuntiatum videatur, cùm expreſſa legitimę mentio facta ſit, nec ferè apertiùs potuerit filia paciſci de legitima numquam petenda, quàm accipiẽdo dotem,aut quid aliud pro omni legitimę iure.Vulgatum enim eſt, parũ referre quid ex æquipollentibus fiat, & in ſtipulationibus omnibus non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpicioportere. Sed quàm falſa ſit hæc ſententia iam plus quàm ſatis ex ſuperioribus conſtare arbitror. Non enim renuntiatio hęc ex earum rerum genere eſt quę ex tacito pacto, aut per coniecturas voluntatis induci poſſunt, ſed expreſſam conuentionem deſiderat, expreſſámque renuntiationem, adeóque iuratam vt valere poſſit, cùm iis quoque omnibus interuenientibus non tamen valeat iure ciuili,ſed tantùm pontificio propter vinculum,& autoritatem iuriſiurandi. Nec quę in contractuum omniũ inſtrumẽtis clauſula vulgatis adiici ſolet,renuntiationũ generalibus verbis conceptarum,facere poteſt vt expreſſa renuntiatio dici debeat interueniſſe.Pertinet enim clauſula illa ad hoc vt iuribus, &

exceptionibus omnibus quæ cõtractui obſtare poſſent renuntiatũ intelligatur:in propoſito autẽ ea renuntiatio neceſſaria eſt, per quam fiat pactũ de nõ petenda legitima portione. Prius namque eſt vt ea renuntiatio fiat,quàm vt iuri ciuili, quod eiuſmodi renuntiationes improbat, renuntietur. Nec ſimiliter,quod in cõtractibus omnibus iuſiurandum hodie interponi ſolet, facere debet,vt vel renuntiatio vel iuſiurãdũ in renuntiando adhibitũ eſſe exiſtimetur. Na quod vulgò iactatur, iuſiurandũ habere vim expreſſi, nõ poteſt ad hunc caſum adaptari in quo nec expreſſus cõſenſus ſufficit ad filiã excludendã,ſed expreſſa renuntiatione expreſſiſque verbis opus eſt,itémq; iureiurando ad validanda renuntiationẽ quæ alioqui nõ valeret. No enim lege pontificia cautũ eſt,vt iuſiurandum validet contractũ, quo filia cauerit ſe dotẽ aut quid aliud accepiſſe pro legitima,aut vt ex huiuſmodi contractu quantumlibet iurato filia excludatur à legitimæ petitione,ſed ita demum ſi conuenerit expreſſim filia ne poſt patris mortem quicquam pro legitima petere poſſit: déque ea re iuſiurandum interpoſuerit. Eam igitur formam quæ lege præſcripta eſt diſtrictè ſeruari oportet, præſertim cùm ius hoc pontificiũ diſcrepans ſit,&, vt loquuntur,exorbitans à iure ciuili:quod etſi magnã ſacramento auctoritatem tribuit, non tamen tantam vt confirmare poſſit pactiones legibus improbatas *l. nõ dubium* 15. *C. de legib.* Ius autem pontificiũ nihil aliud intuetur quàm vtrum ſeruari poſſit iuſiurandũ ſine diſpendio ſalutis æternæ:quod cùm euenit,maiorẽ vim eſſe vult iuriſiurandi ad pactionẽ validandã, quàm legũ per quas alioqui pactio infirmatur. Sed vt legi pontificiæ minùs fauorabili locus eſſe poſſit,ea omnia interuenire neceſſe eſt quæ lex requirit,id eſt renuntiationẽ,eámque iuratã. Abſurdúmque fuerit hoc caſu iuſiurandũ quod ſuas vires & cõditiones habeat,id eſt,quod ita demùm lex pontificia ſufficere voluerit ad filiã excludendã ſi renuntiatio præceſſerit,dicamus habere etiã vim inducendæ renuntiationis quæ re vera nulla præceſſerit. Denique iuſiurandũ ſupplere poteſt defectũ iuris, vt interpr. loquuntur, ſed quod in facto deeſt, ſupplere numquã poteſt. Quinimò ciuili interpretatione enitendũ eſt quantũ licet vt iuſiurandũ in cõtractu adhibitũ eaſdem cõditiones recipiat, quas cõtractus ipſe cui adiicitur,vt noſtri notant ex *l. vlt. C. de non numer. pec.* Adeò autẽ verum eſt requiri expreſſam renuntiationẽ, vt dubitatũ ſit,an filia quæ accepta dote promiſit ſe paternę ſucceſſioni adeóq; legitimę renũciaturam,interpoſito etiam iureiurando, nec tamen renuntiauit,hoc ipſo cenſenda ſit excluſa ne legitimam petere poſſit, perinde acſi renuntiaſſet. Occurrit enim, quod longè aliud eſt,ſi quis renuntiet aliud,ſi promittat ſe renuntiaturum:ſicut aliud eſt donatio aut venditio, aliud promiſſio de donando vel vendendo,vt Bart. tractat ad *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Neque videtur ex ea promiſſione alia naſci actio quàm perſonalis ex qua cogi poſſit is qui promiſit vt renuntiet. Ac ſanè ita eſt, ſi ſimplex, non ſi iurata ſit promiſſio. At cùm acceſſit iuſiurãdum,quod omnimodo ſeruandum eſt, dicimus haberi renuntiationem pro facta vt circuitus vitetur,quemadmodum tractat *Boer. Deciſ.* 3.& vt vtar verbis Iureconſulti in *l.* 3. *§. penul. de donat. int. vir. & vxor.* celeritate coniungendarũ actionũ vna occultatur, quoniã nihil intereſt eius qui iurauit an excludatur per renuntiationẽ,an citra renuntiationẽ, cũ ad effugiendũ periurii excluſionẽ re vera & cum effectu ſubſequi ſit neceſſe, idque nimirũ eſt quod noſtri dicunt,huiuſmodi promiſſionẽ habere effectũ renuntiatiuũ acſi realiter & actualiter de præſenti facta eſſet renuntiatio. Cæterùm ex eo

appa-

apparet ſolem dotis promiſsionē,adeóque perceptionē pro iuribus omnibus quantumuis iurata ſit,non poſſe vim habere renuntiationis.Alioqui non video quis locus quæſtioni relinqueretur eo caſu quo promiſsio interueniſſet de renuntiādo,ſiquidem euidentiſſimum eſt filiam quæ accepta dote promiſit ſe legitimæ renuntiaturam, hoc ipſo pluſquàm apertè & enixè profiteri,dotem ſibi pro omnibus legitimæ iuribus datam eſſe. Proinde ſi ea profeſſio iurata ſufficeret ad filiam quaſi ex renuntiatione excludendam, ſuperuacua eſſet, & otioſa quæſtio, an accedentem promiſſionem de renuntiando pro vera & efficaci renuntiatione haberi oporteret.

ERROR OCTAVVS.

De filia quæ paternæ ſucceſsioni & petitioni legitimæ renuntiauit,an partem faciat in legitimæ computatione.

IAM diximus,filiam quæ legitimæ portioni renuntiauit,interpoſito, vt ſit,iureiurando, non admitti ad partem legitimæ petendam, mortuo quandocunque patre.Imò nec eam quæ paternæ ſucceſsioni renuntiauit, licèt ſpecialem legitimæ mentionem nullam fecerit propter vim renuntiationis iuratæ,idque ex autoritate pontificiæ conſtitutionis in *cap.2. Extr.de pact.in 6.*Supereſt vt de illo videamus,an filia hęc quę non admittitur ad partem,nihilominus faciat partem in legitimæ computatione,id eſt,an eius perſona numeretur in partibus faciendis quomodo Vlpianus loquitur *in §.vlt.l.1. D.de collat.bonor.* Vt.ſ.tanto minor ſit portio quę legitimæ iure cæteris fratribus debetur,qui non renuntiarunt. Et non deſunt ex interpretibus & pragmaticis qui putent non poſſe partem facere, quia cū per renuntiationem ſit ex cluſa penitus,nec tantùm à commodo, ſed etiam à ſpe legitimæ vnquam conſequendæ,nullum inſtans eſt in quo verè dici poſſit legitimam huic filiæ debitam eſſe: propter quam cauſſam receptum eſt vt pro mortua & extranea habeatur,ideóq; & impunè præteriri poſſit, quōmodo tractat *Bart.in l.pater filium. D.de inoff.teſt.& in l.1.§.qui habebat. D. de bon. poſſ.cont.tab.Bald.in l.vnic. C. quando non petent.part.Caſtrenſ. in l.planè 34.§. ſi duob.de leg.1.*Sed nos rationē hanc,& conſequenter ſententiam quæ hac ratione nititur, iam refutauimus ſupra *cap.3.* cū probauimus huiuſmodi renuntiationes ſiue futuræ ſucceſsionis, ſiue portionis legitimæ tacitā habere conditionē,ſi quandoq; ſucceſsio aut legitima deferetur, quia non poteſt fieri vt vtilis ſit renuntiatio quantūuis iurata niſi in eū caſum quo ſi renūtiatio nulla eſſet,deberi ſucceſsio aut legitima portio poſſet. Qnid.n.profit facta ab ea renuntiationē,cui etiāſi nō renūtiaſſet,nihil vnquā iuris delatū fuiſſet? Quod ſi renuntiatio delationē non impedit,illud omnino cōſequens eſt,vt neq; poſsit facere quominūs filia cōputetur in numero liberorū, aut pro mortua vel penitus extranea habeatur,quandoquidē certū eſt,neq; mortuę filię,neq.extraneę perſonę deferri poſſe inteſtati patris hereditatē aut legitimā portionē: nec diſsimilis aliorū error eſt,qui vt filiā hanc quę renuntiauit, habeant pro mortua,cōparant eā exheredatę,non dubitātes quin perſona exheredata pro mortua haberi debeat ex *l.1.§.ſi pater emancipatus. De coniung.cùm emancip.liber.eius.* Vtrumq;.n.falſum eſt,& filiam quę renuntiauit comparandam eſſe exheredatæ,& exheredatā pro mortua haberi debere. Non rectè comparatur

exheredatæ propter multas differentias quæ inter renuntiationẽ & exheredationẽ notari poſſunt, quarũ illa maximè ad rem noſtra pertinet, quòd exheredatio vbi ſemel effectũ ſortita eſt, excludit filiã in perpetuũ. Neque enim diẽ aut ſub conditione, aut in certũ caſum fieri poteſt. Renunciationes verò quæ fiunt per filias etiã dotatas, habent vt plurimũ, quomodo noſtri loquuntur, effectũ ſuſpenſiuum potiùs quàm præciſum, ſiue factæ ſint fauore maſculorũ duntaxat: quo caſu mortuis poſteà maſculis deſinit vires habere renuntiatio, ſiue quod frequentius eſt *ſalua legali eſcheuta*, vt barbarè notarij loquũtur, quibus verbis ſuccedẽdi ius ſaluũ eſt filiæ, quandocũq; defunctis poſteà iis omnibus qui in eodẽ cũ filia fuerunt gradu ſuccedendi. Vt nimirũ renuntiatio filiæ cæteris fratribus & ſororibus proſit, non etiã agnatis qui in remotiore gradu ſunt, nec eo minùs tamen filiæ præferrentur etiam ab inteſtato ſi non facta eſſet cũ ea adiectione renuntiatio. Facilius ergo eſt vt in legitimæ cõputatione parté faciat filia quæ renũtiauit, quàm quæ eſt exheredata, quoniã in quæſtione illa, an qui non admittitur ad partẽ, faciat nihilominùs partẽ, probata eſt noſtris traditio Bartoli *ad l. planè* 34. §. *ſi coniunctim. & ad l. huiuſmodi* 84. §. *ſi Titio & Mauio. l. ſi duobus* 16. *in princ. de leg.* 1. diſtinguentis an qui non admittitur ad partẽ, admitti aliquando ſperetur nẽcne, vt ſi ſperetur, partẽ intereà faciat, ſi non ſperetur, partẽ non faciat. Quáquam videtur mihi ea diſtinctio vt maximè vera eſſet, de quo alibi tractandũ erit, ad propoſitã quęſtionẽ non pertinere: Iis enim caſibus quos retulimus, non ſperatur filia vllo caſu admitti ad partẽ, ſed ad totã ſucceſſionẽ: proinde non eſt, quod intereà illo prætextu partẽ facere poſſe videatur. At neque verũ eſt exheredatum pro mortuo haberi, cùm neque ius ipſum ſui heredis per exheredationẽ tollatur, quod per mortẽ vtique tolleretur, vt pluribus nec ineleganter diſputauimus *lib. 9. Conſect. cap. vlt.* Verius igitur eſt quod noſtris quoque pragmaticis magis placet, filiam quæ accepta dote, aut qua alia re, quæ ſoleat in legitimã imputari, renuntiauit legitimæ, partẽ facere in legitimæ cõputatione, licèt renuntiauerit cũ iureiurando: nec ferè vllam caſus hic habet dubitationem, quando nec dici poteſt partem non habuiſſe filiam quæ dotem pro legitima habuit. Videtur enim potiùs ex eo tempore quo dotem habuit, legitimam portionem fuiſſe conſecuta. Quod ſi ita eſt, non pertinet caſus hic ad quæſtionem illam, vtrum filia quę ad partẽ nõ admittitur, faciat partẽ. Hæc enim admittitur vtique ad partem, quæ iam inde viuo patre partẽ conſecuta fuiſſe intelligitur. Nam quid refert viuóne an mortuo patre admittatur? Poteſt tamen hæc ſententia, meo iudicio, falſa eſſe vno caſu, ſi fortè proponas deceſſiſſe patrem ſuperſtitibus quatuor liberis, & præterea filia ipſa quæ renuntiauit. Etenim cùm id quod dicimus, filiam quæ renuntiauit partem facere fratribus in legitimæ computatione, eò pertineat vt tantò minor cæteris legitima debeatur, abſurdũ eſſet ex cõtrario fieri maiorẽ cęterorũ portionẽ ob hoc ipſum quòd filia quæ renũtiaſſet partẽ fratribus facere diceretur. Ita nãq; fieret, vt in patris odiũ retorqueretur quod ipſius fauore cõſtitutũ eſſet, ſiquidẽ cũ dicimus filiã quæ renũtiauit facere partẽ, hoc intelligimus, legitimã quæ omniũ liberorũ vna tãtũ eſt, diuidi debere nõ ſolũ inter alios fratres q renũtiarũt, ſed inter eos & heredẽ patris, cui ea pars acquiſita eſt quæ citra renuntiationẽ ad filiã pertineret. Nõ igitur debet melior eſſe cõditio fratrũ ſorore partẽ ijs faciẽte, q̃ ſi nõ faceret. Atqui ſi nõ faceret partẽ, legitima quatuor liberorũ ex Iuſtiniani cõſtitutione triẽs eſſet, nõ ſemis. Quis ergo fratribus ſemiſſem

missé det pro triéte ob hoc solũ quòd filia partẽ faciente, quinque liberi, non quatuor computentur? Illud sanè fatendum est, hoc casu quo non patimur augeri legitimam fratrum ex persona sororis quæ renũtiauit, neque permittendum esse vt in eo triente inter fratres diuidẽdo soror partem faciat fauore heredis, sed integrum trientem inter solos fratres diuidi debere: alioqui in eadem specie filia & facere partẽ & nõ facere videretur. Non sum nescius, quosdam ex interpretibus in ea esse sententia, vt existiment filiã quæ statuto ex clusa est à legitima, siue dotem, aut quid aliud, siue nihil acceperit, si modò excluſa sit fauore masculorum, facere nihilominus partem in computatione legitimæ ad vtilitatem masculorũ, vt si sint quatuor masculi & filia vna, masculorum legitima sit semis, non triens, idémque si quatuor sint filiæ excluſæ, & vnus tantùm masculus. Quæ pauli Castrensis sententia est *cons. 3. incip super primo puncto, lib. 1.* Sed nemo non videt aliam esse rationem exclusionis quæ fit per statutum fauore masculorum, aliam eius quę per renuntiationem, tum etiam cùm renuntiatio facta est in gratiam masculorum. Priore casu fauor masculorũ, quibus prouidere statutum voluit, non patitur vt propter exclusionẽ filię minor fiat legitima masculorũ, quàm esset, si filia ad partem admitteretur, ne alioqui inducta ad vnum effectum diuersum operarẽtur contrà, *l. legata inutiliter 19. de legat. 1.* Posteriore verò nõ tã de masculorũ quàm de patris fauore agitur, qui filiã adegit ad renuntiãdum: nec si fauore masculorũ ita fecerit, aliud tamen iuris erit, quia tũ etiã cùm pater id agit vt masculis suis prospiciat, non eo minùs sibi ipsi primo loco prospicere velle intelligitur: filiis verò suis in consequentiã duntaxat, & quasi suis futuris heredibus, & à se causſam habituris: vt ex eo apparet quòd etiamsi expressim fauore masculorũ pater stipulatus sit renuntiationem filię, nõ eo minùs tamẽ potest etiã inuitis masculis filiã capacẽ facere successionis legitimę, ac si nũquam renuntiasset: quia quod masculi habent ex pacto & prouidentia patris, potest pater iis pro arbitrio auferre, quasi iis destinatum verius quàm acquisitum: Imò verò etiãsi pater filiã, quę renuntiauit, nouo iudicio ad successionem non inuitauerit, non aliter tamen prodesse masculis ea renuntiatio potest, quàm si sint heredes patris: quia, vt sequenti capite dicemus, non tã heredi ipsi quàm hereditati & successioni vniuersali adcrescit portio filię renuntiantis, siue masculis prospicere pater voluerit, siue generaliter heredi. Portio enim quę ad filiam erat peruentura, deficere videtur, ideóque in hereditate reperitur. In quo differt exclusio quę ex renuntiatione inducitur, ab ea quę fit potestate statuti: quoniam portio filię per statutum excluſę, non tam pro deficiente habetur, quàm pro ablata vt masculis applicetur quasi per tacitam ex statuto adiudicationem. Est igitur consequens vt filię renuntiatio fauore patris facta, sicut inducit fauore patris vt filia fratribus partem in legitimę computatione facere existimetur, ita inducere debeat eodem fauore vt non faciat partem si id patri vtilius & fauorabilius videatur. Cur enim melior sit conditio fratrum ex persona sororis quę per renuntiationem omnino excluſa est, quàm si ea vel mortua esset, vel extranea, vel exheredata? At quid si filia quę paternę successioni adeóque legitimę renuntiauit, neque dotẽ, neque aliud quicquam à patre acceperit? Difficilius videtur vt partem faciat, quę nec ad partem admittitur, nec quicquam in partis vicem consecuta est. Sed tamen cùm renuntiatio iurata perinde valeat propter vim & autoritatem iurisiurandi, vix est vt quicquam hac parte inter

hos casus interſit, quãdoquidé vtraque in ſpecie, id eſt, ſiue aliquid, ſiue nihil à patre acceperit filia vt renũtiaret, æquè excluditur ipſo iure a legitimæ petitione, & æquè renuntiatio tacitã habet conditionẽ ſi hereditas aut legitima portio quãdoque deferetur. Itaque perinde æquũ eſt, ſi iam hanc quæ renũtiauit in fauorẽ & cõmodum patris, facere partẽ, aut non facere, prout ipſi patri heredive eius cõmodiùs videatur. Illud ſanè intereſt quòd filia quę nullo accepto renuntiauit facilius impetrare poteſt abſolutionẽ à iureiurando, quaſi, ſine cauſſa præſtito, itémque reſtitutionem in integrum ad reſcindendam renuntiationẽ ex cauſſa enormiſſimæ læſionis, quæ iuncta cum paterna reuerentia, &, vt noſtri loquuntur, cum metu reuerentiali inducit vim præſũptã & ſufficientem ad contractus reſciſſionẽ ex ed. cti capite, *De eo quod metus cauſſa*, vt noſtri tractant ad *l. 1. §. quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non det.* Sed alius ille tractatus in ſequentem Decadem remittendus.

ERROR NONVS.

De portione filiæ quæ renuntiauit an adcreſcat heredi, an hereditati.

PARTEM quam fructibus facit filia quæ renuntiauit, & quæ non admittitur ad partem, iam diximus nõ adcreſcere fratribus, ſed patris lucro cedere, ſiue dotem filiæ aliquam dederit, ſiue nullam. Ea nimirum res pragmaticis errãdi cauſſam præbuit, exiſtimantibus defuncto patre adcreſcere illam heredi patris, vtpote quibus omnia patris iura ſuccedat, eiúſque perſonam repræſentet. Qua in ſententia eſt *Guido Papius in Deciſ.* Nos verò cũ milioris notę interpretibus dicimus quod & Senatus noſter ſæpius pronuntiauit, adcreſcere eam hereditati, non heredi. Quantum autẽ inter hæc diſtet, ex eo cognoſci poteſt, quòd ſi heres à patre inſtitutus hereditatem poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit, venit in fideicommiſſum ea quoque portio quaſi hereditaria, quæ tamen vtique non veniret ſi heredi non hereditati adcreuiſſe diceretur. Certum enim eſt, res heredis proprias etiã, quas ex iudicio & prouidentia teſtatoris habuerit, fideicõmiſſo hereditatis non contineri, *l. cohæredes 41. §. cùm filiæ. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſi Titius ex parte 96. de legat. 3.* Adcreſcit verò ea portio hereditati, quoniam, vt ſuperiore capite diximus, habetur pro deficiente, ideóque in hereditate reperitur, mortuo quandocunque patre. Nam ſi diceres haberi pro acquiſita patri ex quo tempore ſtipulatus eſt à filia renuntiante, conſequens fieret, vt non ſolùm ſibi, ſed etiam ſuo heredi ſtipulatus videretur. Paciſcentiũ namque & ſtipulantium omnium voluntas illa eſſe intelligitur vt non minùs heredibus ſuis quàm ſibi ipſis conſulant, vulg. *l. ſi pactum 9. D. de probat.* Et verò cùm renuntiationes iſtæ, quemadmodum ſæpius inculcauimus, tacitam conditionem illam habeant, ſi hereditas, aut legitima portio deferetur, quia nec viuentis hereditas vlla eſt, nec in parentis viui bonis legitima aliqua liberis debetur, fieri nullomodò poteſt, vt ea portio quam alioqui filia citrà renuntiationem habitura fuit, & quæ nulladum eſt in rerum natura, patri quæſita videatur ex filiæ renuntiatione. Ergo nec ipſius heredi. Sed cùm renuntiatio vires habere incipiat eo ipſo inſtanti quo hereditas eſſe incipit, id eſt, ſtatim atque

Digitized by Google

atque patet defunctus est,non aliud potest dici quàm portionem siue hereditariam,siue legitimariam quæ eo quoque instanti deficere incipit,adcrescere hereditati,& consequenter in hereditatis restitutionem venire, licet medio tempore acquiratur heredi, sicut & hereditas ipsa. Nam illa medij temporis acquisitio non impedit fideicommissum, imò confirmat cùm aditam & acquisitam esse hereditatem necesse sit vt ex fideicommisso restitui possit. Cæterùm in fideicommissaria hereditatis restitutione venit omne id quod aliquando fuit hereditatis,id est moriente demum testatore *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad S.C. Trebell.* Nec aliud erit tametsi ponas renuntiationem à filia factam esse fauore masculorum eosdémque masculos patri siue ex testamento siue ab intestato heredes extitisse. Sicut enim non est in potestate patris,facere vt renuntiatio vires vllas habeat antequàm deferatur hereditas aut ius legitimæ portionis petendæ, nec rursum vt ea delatio fiat se viuo, ita nec facere potest, quin ea portio quæ ad filiam erat peruentura adcrescat post mortem suam hereditati tanquàm deficiens. Præsertim cùm nec liberis suis etiá masculis stipulari possit,nisi tanquam heredibus, quia siue iis se viuo dari stipuletur habens eos in potestate,tibi ipsi stipulari intelligitur *l. dominus* 39. *& seq. l. eum qui* 56. *§. qui sibi & D. de verb. oblig.* siue in id tẽpus quo erit mortuus conferat stipulationem, extraneis stipulari videtur, cùm eo tempore non sit illos habiturus in potestate,non magis quàm si stipulationis tempore iam emancipati fuissent. Itaque stipulationem eo casu impediret iuris regula quæ prohibet ne alter alteri quem in potestate non habeat,stipulari possit.

ERROR DECIMVS.

De trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati.

QVOD proximè diximus portionem legitimam filiæ quæ cum iureiurando renuntiauit adcrescere hereditati non heredi, ideóque venire in fideicommissariæ hereditatis restitutioné, nouá inducit quæstionem apud pragmaticos, an ex ea portione sicut ex reliqua hereditate trebellianicam deducere heres possit. Et subtiliores pragmatici putant non posse,moti hac vna ratione quòd legitima portio nullum onus admittat ex Iustiniani constitutione in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoff. test.* Ob idque ab onere trebellianicæ sicut & ab alio quolibet debeat esse immunis. Nam & ex hac causa, inquiunt, solitum est cùm de legitima & trebellianica deducenda quæritur, à legitimæ deductione incipere, ne alioqui eueniat vt ea per trebellianicã minuatur. Addunt pro confirmatione, legitimam quæ ex renuntiatione filiæ acquiritur patri, non alio iure penes patrem eiúsve heredem esse debere quàm quo esset penes filiam ipsam si renuntiatio nulla interuenisset cùm ea ipsa portio sit, maneátque penes heredem patris ex persona filię, quę & legitimam videtur consecuta, præsertim si dotem pro legitima acceperit.Ego verò quænam istæ subtilitates sint, planè nõ intelligo. Primùm enim nego eam portionem de qua tractamus quam pro legitima habitura erat filia si nõ renuntiasset, legitimam dici debere,aut legitimæ iure censeri in persona heredis. Cùm ex contrario nihil nisi defi-

ciens portio ſit, Deficiens,inquam,propter filiæ excluſionem inductam per renuntiationem,ac proinde quæ cum hereditate confuſa reperitur in hereditate tanquam hereditaria. Cui conſequens eſt, vt ſicuti hereditatem ſequitur in eo quod cum tota hereditate venit in reſtitutionem fideicommiſſi, ita trebellianicæ deductionem pati debeat quam & reliqua hereditas tota patitur. Alioqui ſi legitimæ magis quàm hereditatis iure cenſeretur, negandum eſſet venire in fideicommiſſum, quandoquidem certi iuris eſt non poſſe legitimam portionem grauari fideicommiſſo ſaltem poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.quoniam*,ſicut nec fideicommiſſo grauari ab adrogatore poteſt filius a loptimus in ea portione quam ex Pij reſcripto in bonis adrogatoris habere debet *l.ſi adrogator 22. D.de adopt.* Deinde quod addunt in duplicis quartæ detractione eum ordinem ſeruari vt legitima primùm detrahatur,ne minui eam contingat per trebellianicam,non modò falſum,ſed etiam ridiculum eſt. Eôdem namque res recidit,nec plus minúſve penes filium grauatum remaneat, ſiue hæc ſiue illa priore loco detrahatur. Finge hereditatem patris qui ducenta debebat,eſſe aureorum mille & ducentorum. Si legitimã primùm detrahas,cuius ratio ponenda eſt deducto priùs ære alieno,triens nõ niſi ex mille aureis cõficiendus erit,cõſtabitq.ex trecentis triginta tribus aureis,& tertia parte aurei. Ex reliqua hereditate,quæ computato etiam ære alieno erit aureorum octingentorum ſexaginta ſex cum beſſe aurei, detrahes trebellianicam,id eſt quartam partem conflandam ex ducentis ſexdecim aureis cum dimidio & trigeſima ſecunda particula aurei. Sic allequeris vt filius grauatus retineat ex illa duplicis quartæ detractione aureos quingentos & quinquaginta. Ex quibus cùm teneatur ſoluere quartam partem æris alieni, id eſt,quinquaginta pro rata quadrantis trebellianici, ſupererunt quingenti duntaxat aurei quos ſibi habere poſſit. Nunc contra finge trebellianicã priùs detrahi. Erit illa trecẽtorum aureorum cũ onere tamen ſoluendi pro quarta parte æris alieni,id eſt ad quinquaginta vſque aureos. Ex nongentis reliquis detrahe legitimam priùs deducendum erit quod ſupereſt æris alieni, id eſt, centum & quinquaginta aurei. Ita fiet vt ſupertint dũtaxat ſeptingenti quinquaginta aurei ex quibus legitima detrahi poſſit. Tertia verò pars eius ſummæ conſtat ex ducentis quinquaginta. Habebit ergo filius pro duplici quarta quingentos & quinquaginta aureos. Atqui iam monuimus debere illum pro quarta parte hereditatis,quã trebellianicæ iure detrahit,paternis quoq; creditoribus reſpondere, id eſt, ex ducentis quæ diximus eſſe in ere alieno quinquaginta ſoluere. Non igitur niſi quingentos aureos retinebit: qui ſuperioris calculi exitus fuit. Eodem itaque, vt dictũ eſt,res recidit. Sicut & quod magis mirum eſt,ſi tota hereditas cum ære alieno, & ipſius quoque æris alieni onus inter filium grauatum & fidiecommiſſarium ex æquis partibus diui datur;vt in propoſita ſpecie,finge hereditatem quam poſuimus eſſe mille & ducentorum, diuidi æqualiter inter filium & fideicommiſſarium, habebit filius ſexcentos aureos,totidémque fideicommiſſarius. Soluto verò ex æquis quoque partibus ære alieno,quingentos aureos filius, totidem fideicommiſſarius retinebit. Quod verò pragmatici addunt non alio iure legitimam filiæ portionem penes heredem patris eſſe debere quàm quo futura eſſet penes filiam ſi non renuntiaſſet, iam ſatis à nobis refutatum eſt,cùm diximus non poſſe dici eam portionem legitimã cùm remanet penes heredem patris,quia nec legitima eſſe potuit quandiu pater vixit,nec legitimę priuilegia nãciſci

ex perſona

ex perſona filiæ, quæ ſcilicet eo ipſo inſtanti, quo legitima poſt mortem patris deferri cœpit, excluſa fuit ab eius petitione per renũtiationem vires ſuas eodem momento exerentem. Sed etſi aliquando ius habendæ legitimæ in perſona filiæ conſtitiſſet, cõfuſione tamen ſublatum extitiſſet, quæ videri deberet, ex quo ius filiæ in perſonam heredis confluxiſſet: quia cùm legitima non niſi ab herede deberi poſſit, fieri certè nequit vt eam ſibi idem ipſe debeat. Alioqui, vt dictum eſt, negandum eſſet venire eam portionem in fideicommiſſum, non magis quàm in filia ipſa quę nihil à patre niſi legitimam habuiſſet, de reſtituenda ea rogata fuiſſet. Et tamen venire eam in reſtitutionem fatentur etiam illi ipſi qui negant trebellianicam ex ea deduci poſſe: neq; verò de trebellianica deducenda quærendum eſſet ſi in fideicommiſſum non veniret. Vt verò in fideicommiſſum veniat, illud facit quòd licèt heredi acquiratur ex perſona patris, in cuius fauorem facta fuit renuntiatio, habet tamen eam heres iure hereditario. Nam & ſi quid vni ex heredibus legatum ſit à teſtatore, dicimus eam partem quidem quam habet iure legati & à coherede non venire in reſtitutionem, ſed eam tame venire quam habet à ſeipſo & iure hereditario, *l. in fideicommiſſaria 18. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* licèt in prælegato aliud ſit, nullaque prælegati pars veniat in reſtitutionem, ex voluntate nimirum teſtatoris qui prælegando rem præcipuam haberi & retineri iuſſit. Nihil enim tam contrarium eſt reſtitutioni, quàm retentio.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS DECIMATERTIA.

ERROR PRIMVS.

De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à legitima.

FILIAM quæ per iuratam renuntiationem excluſa eſt non modò ab vniuerſali ſucceſſione, ſed etiam à petitione legitimæ vulgò creditũ eſt ab interpretibus & pragmaticis impunè præteriri poſſe id eſt, prętereũtis eius non facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ſiue à patre qui eam habuit in poteſtate, ſiue à matre factum proponatur. Ita *Guid. Pap. quæſt. 295. & 598.* Idémq; iuris eſſe in filia quę per ſtatutũ excluſa ſit à iure petendę legitimę, fauere

masculorũ defendit *Iulius Clarus*, clarissimus inter Italos pragmaticus *lib.3. sentent.§.testamentum.quæst.42.vers.* Ite quæro, siue instituti sint masculi ipsi, siue extranei, hac potissim ìm ratione quæ vtrique casui communis est, quòd ea persona cui non debetur legitima, impugnare testamentum non possit: imò nec ea quæ exclusa est à successione intestati, propterea quòd iura vendendi contra testamentum, communiter regulentur, vt ipse loquitur, à iuribus succedendi ab intestato. Mihi verò sententia hæc semper displicuit, visáque est labefactare certam & euidentem iuris rationem: quæ procul dubio non patitur vt valeat testamentum in quo præterita fuit filia, quæ nõ solùm testamenti, quod sufficeret, sed etiam mortis tempore manit in potestate, siue ius vetus inspicias quod toto Pandectarum iure obtinuit, *l. inter cætera 90.& tot.tit.de liber.& posth.* siue nouam Iustiniani constitutionem quæ hoc amplius induxit vt materni testamenti eadem hac parte ratio sit quæ paterni *Nouell.115.vt cum de appellat.cognosc.§. aliud quoque capitulũ.* Nec quod filia per iuratam renuntiationem exclusa fit ab intestati successione, ad rẽ facit. Hìc enim illud repetendum est quod iam sæpe monuimus, & probauimus in superioribus, omnes huiusmodi renuntiationes tacitam perpetuò habere conditionem illam, si quandoque hereditas aut legitima portio deferetur, cùm fieri per rerum naturam nequeat, vt priùs quis dici possit exclusus ab aliquo iure adquirendo quàm ius illud delatum sit. Delatio enim sicut omnimodo præcedit adquisitionem *l.delata 151. D.de verb.signif.* ita & exclusionem vt præcedat necesse est. Exclusionem namque cùm dicimus, exclusionem acquisitionis intelligimus, non delationis. Nimirum quia delatio fit sola legis potestate, acquisitio autem præterquàm in suis heredibus sola hominis voluntate: nõ potest autem renuntiatio quæ hominis est, facere quominùs leges locum habeát, sed tantùm id impedire quod lex postquam effectum fortita est in deferenda successione, delectum vult in potestate illius cui ius detulit, id est quod ad acquisitionem pertinet, non quod ad delationem. Sed & cùm in suis heredibus idem instans sit delationis & acquisitionis, imò nec hereditas vlla esse intelligatur *l.in suis 11.de liber.posth.* quia ipso iure sunt sui heredes licèt possint abstinere *l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss.caus. testam.* adeóque licèt abstinuerint *l.generaliter 30.§.sed etsi suus D.de fideic.libert.* Planè consequens est vt sicuti renuntiatio non impedit delationem à lege faciendam filiæ quæ mortis tempore erit in potestate, ita nec impediat acquisitionem illam quæ mero iure ciuili concomitatur necessariò delationem, sed eam tantùm quæ ex filiæ arbitrio pendet, id est, quæ fit per immixtionem, cui contraria est abstentio. Ergo quemadmodum non dicitur esse sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentẽ *d.§.sed etsi suus.* Ita nec eo minus dicenda est filia sua heres patri, quòd viuo adhuc eo futuræ successioni renuntiauerit, sed perinde habẽda quod ad acquisitionem illam quæ fit ipsa etiam nuda ex sola iuris ciuilis autoritate nisi nõ renuntiallet: at mortuo demum patre duntaxat abstinuisset. Ex quo fit consequens non posse ea præterita subsistere testamentum. Sed ex eiusdem iuris regulis sui heredis præteritione nullum & inutilem esse. Nihilne ergo, inquies, nocebit filiæ renuntiatio quæ viuo adhuc patre facta iam tum valuit propter iusiurandi autoritatem? Imò nocebit hactenus vt vim habeat vtilis abstentionis, quæ alioquì & citra iusiurandum vtilis esse non posset tanquam præmaturè facta & contra ius publicum, id est contra leges, quæ non patiuntur vt priuatorum

uatorũ pactionibus vllomodo impediantur quominùs vires ſuas exerere ſuo loco & tempore poſſint. *l. ius agnationis* 34. *l. inter debitorem* 42. *D. de pact. l. quod bonis* 15. §. 1. *D. ad leg falcid.* Ex eóque apparet quàm malè noſtri filiam quæ cum iureiurando renũtiauit paternæ ſucceſſioni, cõparent exheredatæ. Nam exheredatio vbi ſemel per additionem hereditatis confirmata eſt, adeò filiam exheredatam excludit, vt verè dici poſſit nullo inſtanti delatam ei fuiſſe patris ſucceſſionem, licét non eo minùs verum ſit quod nos probauimus *lib. 9. Conſect. cap. vlt.* ſola exheredatione non perimi ius ſuitatis. At renuntiatio tametſi iurata & propter inſiurandum vtilis, non obſtat quominus patre mortuo deferatur ſucceſſio ipſi filiæ quæ renuntiauit, ſed potiùs vt ob hoc ipſum excludatur filia per renũtiationem à iure quod alioqui haberet ſe immiſcendi ab inteſtato, quòd renuntianit: quia ſi numquam fuiſſet ei delata ſucceſſio, quod contigiſſet ſi aut ante patrẽ mortua, aut à patre ex iuſtis cauſſis exheredata extitiſſet, rectè diceremus nullo vnquam tempore nociuiſſe ipſi renuntiationem, quandoquidem etiáſi non renuntiaſſet, tamen excluſa fuiſſet non tantùm à iure acquirendæ per immixtionem ſucceſſionis, ſed etiam ab ipſo iure ſuccedendi, per mortem aut exheredationem. Faciunt autẽ longè imperitiùs pragmatici illi qui filiam hanc quæ renuntiauit non modò emancipatæ comparant, ſed etiam vulgo emancipatam appellant, quaſi non plus iuris habeat in paterna ſucceſſione, quàm ſi à viuo patre emãcipata proponeretur. Nemo enim dixerit huiuſmodi renuntiatione tolli ius poteſtatis paternæ, quæ nec iuſtis filiæ nuptiis extinguitur, *l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib. l. vlt. D. de agnoſc. & alend. liber.* quam tamen certum eſt tolli emancipatione *l. verum* 8. §. 1. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* De cuius ſententia ſcripſimus *lib. 10. Conſect. cap. 15.* Proinde non ſicut filiæ quæ renuntiauit cum iuramẽto, defertur nihilominus paterna ſucceſſio ab inteſtato iure ſuitatis, quod ex patriæ poteſtatis iure proficiſcitur (neque enim magis facere filia poteſt ne inuita patri ſuccedat, quàm ne ſit in eius poteſtate) ita & de filia emancipata dici poteſt deferri ei paternam ſucceſſionem ipſo iure, cùm ſi ius ciuile inſpicias, habeatur omnino pro extranea. Etſi verò nouiſſima Iuſtiniani lege cautum eſt vt ſublata ſuitatis, & emãcipationis differẽtia, emancipati ſimul cum ſuis ſuccedant, non tamen fecit Iuſtinianus, nec verò facere potuit vt emancipati ſint etiam inuiti heredes patri ipſo iure quomodo eſſent ſi numquam exiſtiſſent de poteſtate: ſed tantùm vt poſſint ab inteſtato herede eſſe ſi velint additione ſcilicet paternæ hereditatis, non vt ſui heredes ſola retentione *l. ſi patronus* 12 §. *vlt. D. de bon. libert.* nec aliud iuris eſt in filia quæ per ſtatutum excluditur à patris ſucceſſione, adeóque à legitima, ob fauorem maſculorum. Nam & excluſio illi quæ fit per ſtatutum eandem conditionem tacitam recipit, quam excluſio quę fit per iuratam renuntiationem, illam nimirum, ſi hereditas deferetur, eadem ſcilicet iuris ratione id euincẽte. Neque enim fieri poteſt vt maior & potentior ſit vis ſtatuti ad filiã excludẽdã, quàm iuratę renuntiationis, nec magis poteſt per ſtatutũ quàm per iuſiurandum fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, cuiuſmodi certè illud eſt vt excluſio præcedat delationem. Vtroque igitur caſu cõcludendũ eſt præteritione filię in poteſtate ſiue per renũtiationem, ſiue per ſtatutum excluſa ſit, ſiue ab vniuerſali tantùm ſucceſſione, ſiue, vt pragmatici diſtinguunt, etiam à legitima, teſtamentum ipſo iure nullum eſſe. Idque tam euidens eſt, vt nec deſint ex pragmaticis qui id agnoſcant & fateantur, ſed ita tamẽ vt ex æquitate

canonica, & prętoria teſtamentum defendi velint. Omnino ridiculè. Nunquam enim teſtamentum quod iure ciuili nullum eſt, iure prætorio defenditur, vt dicemus inf. cap. 3. Atqui, inquies, iam diximus, & in confeſſo eſt huiuſmodi renuntiationes iuratas valere iure pontificio propter autoritatem & vinculum iuriſiurandi, eamúmque poteſtate fieri vt quo inſtanti defertur per legem ius ſuccedendi, aut petendæ legitimę portionis, ſuccedat vis & poteſtas renuntiationis quę filiam excludat, aliſque ſiue in eodem, ſiue in remotiore gradu conſtitutis agnatis viam ſucceſſionis patefaciat. Quæ igitur effectus erit eius quod dicimus teſtamentum patris ex huius filię prętereitione ipſo iure nullum eſſe? Reſpondeo quàm maximum effectum eſſe, non quidem ratione ipſius filiæ quę ſanè per renuntiationem aut ſtatutum excluditur à ſucceſſione inteſtati, licèt patrem faciat inteſtatum, ſed ratione heredum, ſiue inſtitutorum ſiue legitimorum. Finge inſtitutum extraneum, aut agnatum remotiorem qui ab inteſtato rem habere non poſſit. Exclusio filiæ non impediet quominus teſtatore propter ſubtilitatem iuris & caſus neceſſitatem exitum inteſtati faciente, hereditas ſcripto heredi per legem eripiatur, agnatóque proximo deferatur. Finge inſtitutos eo teſtamento alios liberos teſtatoris, ſed ex diſparibus portionibus. Prætereitio filiæ quæ nullum ipſi lucrum adferre poteſt, proderit fratribus qui fuerant ex minore portione inſtituti, vt cum cæteris quos pater magis dilexerat, in æquas partes vocentur ab inteſtato. Neque enim nouum eſt vt ex perſona filiæ prętereitę plus iuris habeant fratres cęteri, quàm filia ipſa. Nam & idem contingeret ſi nullum & iniuſtum teſtamentum filia prętereita expreſſo conſenſu poſt patris mortem comprobaſſet, quia non noceret ea adprobatio cęteris quominus aut ab inteſtato ſuccedere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, ſi mallent, poſſent, *lege ſi duo 16. de legat. præſt. l. ſi duobus 14. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Dices, ſi ſubtiliter agere voles, eo demum caſu poſſe alios fratres ex perſona prętereiti aut teſtamentum nullum dicere, aut bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quo prętereitus ipſe ius aliquando habuerit, aut nullum dicendi teſtamentum, aut petendę contra tabulas poſſeſſionis, in propoſito autem nullum inſtans eſſe, quo filia prętereita, quę per iuratam renuntiationem, aut per ſtatutum excluſa eſt, poſſit dicere nullum teſtamentum patris, ſiquidem, vt diximus, eodem inſtanti fit vt & ſucceſſio filię deferatur, & ipſa exclusionis poteſtate ſuccedere prohibeatur *arg. l. ſi Stichum 8. §. ſi quis ita. & l. quoties 14. §. 1. D. de nouat. l. ſub conditione 16. D. de ſolut.* Ita ſanè eſt: nec à nobis vllus iuris locus quęrendus eſt ex quo errorem illum interpretum, quem nos refellimus, conuincamus. Fuit enim toti iuriſprudentię incognitum, & inauditum ius illud quo vtimur, vt valeret pactio quantumlibet iurata, per quam filia viuo adhuc patre ab ipſius quandocumque morituri ſucceſſione excluderetur. Hoc enim iure primùm pontificio inductum eſt ſola iuriſiurandi veneratione contra iuris ciuilis rationem. Sed tamen ea ipſa iuris ratio quę etiamnum ſupereſt, cogit omnino, vt fateri neceſſe ſit quod volumus, ex perſona filię prętereitę ius eſſe fratribus, aut poſt fratres agnatis proximioribus dicendi nullum teſtamentum, licèt filia ipſa prętereita nullo tempore ius illud habuiſſe videri poſſit. Nempe quia re ipſa verum eſt, nec minùs tacente filia quàm ſi cõquereretur, nullius momẽti eſſe teſtamentũ propter ſiu heredis prętereitionẽ, adeò vt nec in filię poteſtate ſit, facere ne teſtamẽtũ ſit nullũ

non magis quàm vt in patris testamento leges locũ non habeant. Nam si eo quoque casu, quo in filiæ potestate est iuri suo renuntiare, id est post mortem patris facta expressim testamenti iniusti adprobatioue, nihilominus testamentum iniustũ manet, locúsque fit successioni intestati cõmodo aliorũ fratrum etiam iustitutorũ, aut post fratres agnatorum proximiorũ, quibus scilicet ius semel quæsitum est, ex persona quidẽ sed non ex voluntate filiæ præteritæ, at sola meri iuris ciuilis potestate. quanto magis idem admittendum est, illo etiam casu de quo agimus, id est, quo filia præterita iuri suo renuntiauit eo tempore quo renuntiare valide non potuit, scilicet viuo adhuc patre? Nam si dicas captiosam esse ratiocinationem, quia iuri iurandi autoritas faciat vt iam inde à quo tempore facta fuit renuntiatio, vtilis fuerit ad filiam quandoque excludendam. Iam respondi sæpius, valuisse quidem ab initio renuntiationẽ quoniam alioqui non posset ex post facto conualescere, sed vim eius suspensam mansisse propter tacitam conditionẽ in id vsque tempus quo successio deferretur, hoc est, quo pater vitã functus esset: quo tamen instanti non potest fieri delatio quin testamentum quod reuera nullum est pro nullo etiã habeatur. Non enim ex testamento deferri potest filiæ quæ ipso testamento præterita est. Ab intestato verò multò minùs si testamentum ipso iure valet. Atqui non potest effectum habere renuntiatio, quin ipsi filiæ quæ renuntiauit successio deferatur. Tantum igitur abest vt renuntiatio impediat, ne testamentum ipso iure sit nullum, vt ex contrario non alter filiæ nocere possit quàm si testator ad intestati causam educatur, vt legitima ab intestato successio, cui soli renuntiasse filia intelligitur, deferri filiæ possit. Si testamentum in quo filia præterita est, non ipso iure nullum esset, sed tantùm, vt ita loquar, annullandum, filia ipsa conquerente, fateor nihil iuris habituram filiam quæ renuntiasset, neque ex eius persona cæteros qui ab intestato heredes esse vellent. Eoque demum casu obtinerent ea quæ supra ex pragmaticorum schola obiecimus, ius impugnandi testamenti regulandum esse ex iure legitimæ successionis: & eum qui ab intestati successione adeóque à legitima exclusus sit, impugnare testamentum non posse, sed cùm ipso iure nullum sit, non solùm accedente & concurrente filiæ voluntate, sed etiamsi maximè testamentum valere velit, consequens est vt eius approbatio siue viuo adhuc patre per iuratam renuntiationem facta sit, siue post mortem patris, non noceat cæteris quominùs ab intestato succedant, adeóque sint sui & inuiti heredes, saluo beneficio abstentionis, si proponas esse filios qui in patris morientis fuerint potestate. Potest autem exemplo fieri hoc illustrius. Finge præteritam à patre fillam emancipatam & institutos ex inæqualibus portionibus alios fratres, siue in potestate, siue emancipatos. Constat testamentum non esse nullum ipso iure, sed tantùm rescindi iure prætorio posse petita contra tabulas bonorum possessione. Si poneres filiam hanc aliunde à paterna successione exclusam, puta per statutum aut per iuratam renuntiatonem, admitterem hactenus iuri prætorio per constitutionem pontificiam fuisse derogatum (nam & sola pontificiæ constitutionis authoritas defendere potest ea statuta per quæ filia patri succedere prohibetur, ducto scilicet argumento à potestate pacti ad potestatem statuti) vt ex persona filiæ præteritæ non committeretur edictum, nec cæteri fratres, siue instituti, siue exheredati bonorum possessionem contra tabulas petere possent, quia verum esset dicere

numquam ius illud petendæ contra tabulas possessionis, filiæ huic competiisse: absurdum namque foret plus iuris habere cæteros ex filiæ persona, quàm habere filia ipsa unquam potuerit. Sed ti ponas filiam illam præteritam non emancipatam fuisse, sed in potestate, quæ species est à nobis nunc tractata, aliud planè dicendum esse contendam, quia testamentum hoc casu ipso iure nullum est etiam inuita filia, nec necesse est ad faciendum nullum, vt filia nullum esse dicat, aut alius quisquam ex persona filiæ quomodo necesse est vt bonorum possessio contra tabulas petatur ad rescindendum testamentum quod ipso iure tenet. Ideóque sola iuris potestas quæ nullum efficit, sufficit etiam vt ex persona magis quàm ex iure filiæ quantumlibet exclusæ testamentum nullum sit, talé que maneat, vt quisquis ab intestato proximior est perinde succedat siue sui siue extranei heredis iure, acsi nullum omnino testamentum factum esset.

ERROR SECVNDVS.

Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris successioni, in ea dote instituta sit.

AT quoniam vix euenit vt filia quæ in potestate est, renuntiet futuræ patris successioni, præsertim cũ iureiurando, nisi in tabulis dotalibus, & proinde accepta dote, dubitari potest an sufficiat filiam in ea dote institutã esse ne prætерita videatur. Ad quam dubitationem pragmatici respondent, trepidè tamẽ, vt solent, posse eam institutionem sufficere, sed meliùs & cautiùs facturum patrem si filiam non modò in dote, sed præterea in aliqua quantumuis exigua pecuniæ quantitate instituat, ne quis dubitationi locus relinquatur, vt cõcludit *Iul. Clar. lib. 3. Sentent. §. test amẽtum. quæst.* 44. Ego contrà, omnia quãtum per ingenioli mei tenuitatẽ facere possum ex vera iuris ratione æstimans, intrepidè defendo, institutionem hanc filiæ in dote sua non valere, nec proinde facere posse quin præterita filia dici debeat, acsi nullomodo fuisset instituta. Præteritam enim cùm dicimus, nõ eam intelligimus cuius mentionẽ nullam testator fecerit, sed quæ non, sicut oportet, instituta fuit aut exheredata, licèt testamento nominata sit adeòque substituta. Quomodo cautũ erat olim, vt non aliter præteriri posset filia posthuma quàm si ei legatum esset, ne per obliuionem magis quàm consultò præterita videretur. §. 1. *Instit. de exh. liber.* Hanc autem, quæ in sua dote instituta est, nego vtiliter institutam esse, quia in re propria non in ea quæ testatoris fuit, instituta est. Lex enim duodecim tabularum patrifamilias dedit quidem testandi facultatem, sed de re pecuniáve sua, non de aliena, *l. verbis legis* 120. *de verbor. signific.* In proposita verò specie institutam esse filiam in re propria, non in ea quæ fuerit testatoris, euidenter apparet ex eo quòd dos filiæ promissa, nedum data proprium ipsius filiæ patrimoniũ est, *l. 3. § sed vtrum. D. de minor.* & à bonis patris abcessisse intelligitur *l. 1. §. vl. l. vl. D. de dot. coll.* ac in ære alieno cõputatur *l. pater filiam* 14. *D. ad legem falcid. l. pater filiæ* 70. *D. de euict.* Nec est quod cum Accursio ad *d. §. sed vtrum*, dicas dotem esse quasi partimonium filiç ex *l. in eum* 16. *D. de relig. & sumptib. funer.* Verè enim patrimonium est non quasi, præterquàm vno casu, si filia quę in potestate est, aut emancipata (nihil enim

hac

hac parte refert (decedat viuo patre: quo caſu cùm dos ad patrem reuertatur quæ à patre profecta eſt, licèt non tam ex iuris ratione quam contra iuris rationem intuitu commiſerationis, & pietatis, ne pater & amulæ filiæ & pecuniæ damnum ſentiat, vt ait *l. iure ſuccurſum 6. D. de iur. dot.* non poteſt dici filiá abſolutè doté habuiſſe in patrimonio patre viuo, ad eúmque caſum accómodanda eſt *dicta lex, in eum.* Sed & ex ea cauſſa dicimus intereſſe patris vt filia dotem habeat, licèt ea ſpes dotis ad patré reuerſuræ per mortem filiæ, ſit malè ominoſa *d. l. pater filiæ.* At non inde fit vt perinde dos ſit patris atque eſt filiæ, vt ait *lex cùm dos 7. D. de pact. dotal.* Re vera enim eſt filiæ quamuis ea iure poſſit vt ad patrem reuertatur. Et verò nullum ius patri in ea dote competere quandiu filia viuit, ex eo colligi poteſt quòd toto eo tempore quo filia non ſolùm viuit, ſed etiam in matrimonio eſt, dos in mariti bonis & dominio eſt, §. 1 *. Inſtit. quib. alien. licet vel non. l. dote 6. C. de rei vindic.* tametſi propter caſum reſtitutionis ſoluto matrimonio faciendæ, mulieris quoque eſſe intelligatur *lege, quamuis 75. D. de iur. dot. l. in rebus 30. Cod eodem.* Itaque interpoſitum ius mariti facit ne pater dotem filiæ poſſit ſuam dicere iure patriæ poteſtatis, quia neque ſic poteſt fieri dotis datio, vt dotem pater det filiæ, ſed marito dari eam tradique oportet, filiæ tamen nomine *l. Póponius Philadelphus 35. D famil. erciſcund.* Vnde illud etiam fieret ſi plus hic poſſet ratio iuris quàm miſerationis, vt defuncta ſine liberis in matrimonio filiafamiliàs, dos quantumuis à patre profecta non minùs mariti lucro cederet quàm aduentitia, de cuius reſtitutione pactio nulla interueniſſet: quoniam vtroque caſu æquè aptus & habilis eſt iure ciuili titulus dotis ad transferendum dominium in maritum: quippe cui nec alio animo & voto dos datur quàm vt penes eum perpetuò remaneat, *l. 1. D. de iur. dot.* vt pluribus ſcripſimus *lib. 13. Coniecturarum.* Quod cùm ita ſit, ferè eſt vt filia quæ à patre in dote ſua inſtituta eſt, in re & bonis mariti ſui inſtituta videatur. Quis ergo admittat eam inſtitutionem valere, & efficere debere ne filia ſic inſtituta præteritam ſe conqueri poſſit? Et verò cùm tot in libris noſtris loci ſint, in quibus tractatur de liberis aut inſtitutis, aut inſtituendis, nuſquam tamen reperias filiam in dote ſua inſtitutam. Reperias ſanè filiam exheredatam etiam cui dos à patre data eſſet, vt in *lege Nihil intereſt 12 D. de inoffic. teſtam.* Nec me mouent rationes illæ quibus pragmatici poſt Accurſium mouentur vt contrà ſentiant: quòd, inquiunt, dos à patre data & ex bonis patris profecta in quartam imputetur, *lege, quoniam Nouella 29. Cod. de inoff. teſtam.* & à filia cum fratribus ſuccedente tam ex teſtamento quàm ab inteſtato conferatur. *Auth. ex teſtamento. Cod. de collat.* Non enim recta conſecutio eſt ſi quis ex eo inferat, Dotem igitur proprium filiæ patrimonium non eſſe: ſiquidem ad inducendam imputationem & collationem ſufficit quòd profecta ſit dos ex bonis & ſubſtantia patris, quódque eam habuerit filia tanquam filia, non habitura ſi extránea fuiſſet licet nihil amplius iuris in ea re patri ſuperſit. Quare nec aliud erit etiamſi ponas inter patrem & maritum præſente filia conueniſſe, vt nullo caſu dos ad patrem reuerteretur. Semper enim verum eſt ob cauſſam datæ dotis minùs in hereditate patris reperiri quàm ſi dos nulla data eſſet, ideóq; ſi dos non imputaretur aut nó conferretur, iniuria fieret cæteris fratribus, qui dote nulla conſtituta tanto locupletioré nunc haberét patris hereditaté. Nec ſanè ratio vlla æquitatis patitur vt filia quę dotẽ à viuo patre accepit, habeat eã pręcipuã poſt mortẽ patris: ſa-

tisque ei esse debet quòd totius eius temporis quo pater vixit fructus in lucro habeat, ti tamen mulieris lucro imputandum est quod maritus suo iure percepit, & in onera matrimonij impendit. Minùs ad rem pertinet alia ratio illa Accursij quòd possit filius institui in legitima, quamuis legitimâ ipsi relinqui necesse sit. Larga enim differentia est inter legitimam, & dotem. Legitima namque portio non est in bonis filij ne quidé spe, nisi prorsus improba, quandiu pater viuit: neóque nec mirum est si in legitima filius institui possit à patre, licèt eam pater filio ex legibus etiam inuitus relinquere cogatur. At dos est in bonis filiæ, propriúmq; vt diximus ipsius patrimonium etiam viuo patre, & quamuis imputetur in legitimam, tamen neque legitima est, neque legitimæ loco cedit, vt probauimus *Decade superiore*. Igitur si pater qui filiæ nubenti dotem dedit vt futuræ successionis renuntiationem iuratam ab ea extorqueret, securè testari volet, necesse habet vt filiam instituat in legitima aut in certa aliqua re aut pecuniæ quantitate pro iuribus legitimę. Sic enim fiet vt neque præteritam se possit dicere filia, quam vel in vno numo institutam esse sufficeret ad implendam testamenti sollennitatem, neque agere ad supplementum quasi minus legitima ei datum sit, si dote in legitimam, sicuti fieri debet, imputata tantùm ex bonis patris habere competiatur, quantum ad explendam legitimam sit satis.

ERROR TERTIVS.

De testamento quod per præteritionem nullum est, ex æquitate prætoria defendendo.

TESTAMENTVM in quo pręteritus est filius qui testaméti tempore fuit in potestate, nullius planè momẽti est iure ciuili, nec si filius ille pręteritus viuo patre moriatur, conualescit quod ab initio nõ constitit, l. *si filius 7. D. qui testam. facer. poss.* Quidam dubitant, an valeat iure prætorio, & putant valere. propterea quòd cõtra eiusmodi tabulas dari soleat bonorũ possessio quę frustrà daretur, si tabulæ eo ipso iure non valerent. Cõtraria tamen sententia verior est, & ab interpretibus quoq; ac pragmaticis magis cõmuniter probata testate *Iulio Claro lib. 3. sent. in §. testamentũ. quæst. 43.* Nec ignorant vsq; adeò nullũ esse testamẽtũ vt etiá tacente filio & nò conqueréte, nihilominus nullum & iniustũ habeatur. Sed non satis bene meo iudicio respõdent ad obiectioné illá quam diximus fieri posse ex iure quod filio præterito adeóq; cęteris liberis etiá institutis, prætor dedit, petendæ cõtra eiusmodi tabulas bonorũ possessionis. Aunt. n. illam bonorum possessionẽ cõtra tabulas dari ad declarandũ testamẽtum nullum potiùs quàm ad illud rescindendũ: aut si ad rescindẽdum, rescindi testamẽtũ de facto quatenus de facto processit. Nã si nihil aliud habeas quod respondere possis, perinde inferá, si tabulæ ideò nullæ sint quòd non septẽ testium signis sint signatæ, dicendũ esse cõpetituram æquè contra eas bonorum possessionem, vt nullæ declarẽtur; quod tamen constat esse falsissimum, quia eiusmodi tabulas septem testium signis non signatas certum est vsque adeo nullas esse vt tabularum nomen non mereantur. Tabulas portò aliquas esse necesse est vt vel secũdũ eas vel cõtra eas peti possit bonorũ possessio. Respõdere debuerũt pragmatici, nullas quidẽ esse tabulas in

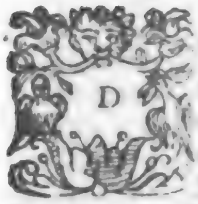
las in quibus præteritus eſt aliquis ex liberis qui fuerunt in poteſtate, rec minùs prætorio quàm ciuili iure, quandoquidem ex ijs non magis peti poteſt bonorum poſſeſſio quæ cum re & effectu ſit, quàm hereditas adiri. Sed tamen poſſe contra eas peti bonorum poſſeſſionē contra tabulas, quoniam datur illa contra lignum, non contra heredem vel bonorum poſſeſſorem. Et vt competat, ſufficit tales eſſe tabulas vt ex ijs aliquo caſu potuerit adiri hereditas, aut peti bonorum poſſeſſio, licèt poſteà neutrum ſecutum ſit vel ſequi potuerit, vt eleganter, quamquam ſatis obſcurè ſcriptum eſt in *l. quod vulgò* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* In propoſito autem ſi tabulæ quæ propter ſui heredis præteritionem nullæ ſunt ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, certum eſt dari poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas (nihil enim aliud prætor exigit niſi vt ſeptem teſtium ſigna interuenerint, *l. 1. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.*) quæ etſi futura eſt ſine re & effectu ſi filius præteritus iure ſuo vti & hereditatem enuncere volet, ſufficit tamen ad hoc vt locum facere poſſit petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Quod non ſimiliter contingeret ſi minùs quàm ſeptem teſtium ſigna in tabulis extarent. Neque enim ex iis tabulis bonorum poſſeſſio dari poſſet ne quidē ſine re, nec proinde fieri vllo modo poteſt vt contra eas aliqua detur, vt pluribus a nobis tractatum & explicatum eſt (locus enim ſanè ſuperobſcurus & difficilis eſt) *lib. 1. Coniect. cap. 9. & lib. 6. cap. cap. 14.* Illud ſanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus malè traditū creditúmque eſt, teſtamentum in quo filius in poteſtate fuit præteritus, conualeſcere iure prætorio, ſi præteritus adprobet iudicium patris ſiue expreſſò ſiue tacito cōſenſu, ex *l. filio præterito* 17. *D. de inuſt. rupt. & irrit. fact teſtam.* Inauditum enim eſt & à iuris principiis protſus alienum vt teſtamentum quod ab initio omni iure nullū eſt, poſtea iure aliquo conualeſcat. Longeque alia Papiniani ſententia eſt in *d. l. filio præterito*, quàm eſſe exiſtimetur, illa nimirum vt filio præterito adprobāte iudicia patris, fratres inſtituti perinde teneantur præſtare legata & fideicōmiſſa acſi teſtamētum valeret, ſed tamen ab inteſtato non ex teſtamento, cùm tantundē ab inteſtato habeant quantum ex teſtamento ſuerant habituri, de quo etiam ſcripſimus *dict. cap. 14. lib. 9. Conjecturar.* Vbi præterea refutauimus alium errorem pragmaticorum & interpretū exiſtimantium, quod & Clarus probat ſupradicto loco, nihil intereſſe an in eo teſtamento quòd a filio præterito adprobatum eſt inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei. Quomodo enim fieri poteſt vt ab inteſtato hereditatem retineant, & ad legatorum ac fideicommiſſorum præſtationē obligentur heredes extranei, qui inteſtati ſucceſſores eſſe non poſſunt? Itaque non ſine cauſſa tractat Papinianus de ſuis heredibus inſtitutis, iis verbis *ſi partem fratribus non auocauit.* Sed illud multo ineptius eſt quod iſdem pragmaticis & interpretibus placere idē Clarus eodem loco refert, Si filius ante cōditū teſtamentū vel in ipſo actu teſtamenti cōſenſerit præteritioni, valere teſtamentū, nō quidem iure ciuili, ſed ex æquitate, vt aiunt, prætoria. Nā quod rationis loco adferunt, introductum eſſe ob fauorem filiorū principaliter ne poſſint præteriri, ideóque cōueniēs eſſe vt iuxta iuris regulas poſſint huic fauori ſuo renuntiare, plus quàm ridiculū eſt. Quis enim patiatur in poteſtate & arbitrio filij eſſe facere ne leges in teſtamento patris locum habeant? Fateor, liberorum fauore conſtitutum eſſe à lege vt liberos qui in patris poteſtate ſunt, neceſſe ſit à patre reſtitui vel exheredari. Sed nego poſſe liberos remittere ſolennitatem illam quæ ipſis legibus

inducta & inducta eſt. Pertinet enim teſtamenti factio ad ius publicum quod priuatorum pactionibus nec abrogari, nec immutari poteſt. Nego ius vllum eſſe filii siue in bona, siue in iudicia patris quandiu pater viuit, ſed eo demùm mortuo. Neque igitur poteſt ei iuri quod ſibi nondum competit renunciare. Alioqui poſſis eodem ratiocinationis genere concludere, permittendum filio vt de ſuo peculio ſiue profectitio, ſiue aduentitio teſtetur ſi pater conſentiat, quia patris fauore principaliter conſtitutum eſt ne filius familias teſtari poſſit. Et tamen nihil in eo facere patris voluntatem conſtat ex *l. tamsi* 25. §. *filiusfamilias. D. de mort. cauſ. donat.* Similiter poſſis inferre permittendum heredi, cuius fauore inducta eſt per legem falcidiam retentio quartæ ex legatis, vt teſtatori vltra dodrantem leganti, & legis falcidiæ modum excedenti conſentiat, quod tamen falſum eſſe ait Papinianus in *l. quod bonis* 15 §. 1. *D. ad leg. falcid.* vbi rationem reddit, quòd huiuſmodi pactio ſit contra ius publicum, id eſt contra leges quæ ſunt iuris publici. Quo admiſſo, planè conſentaneum eſt vt nullus æquitati prætoriæ in contrarium locus relinquatur. Certum enim eſt prætorem, licèt multa facere potuerit præter leges, nihil tamen facere potuiſſe aut permittere contra leges, ſed eatenus duntaxat, quatenus per leges liceret, nec prohiberetur, *l. iuris gentium* 7. §. *ait Prætor. D. de pact. l. necnon.* 28. §. *quoad eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Voluntatem igitur filii in adprobando patris teſtamento, quod ipſo iure nullum eſt, tunc interuenire oportet, cùm legi ſatisfactum eſt, id eſt, cùm poſt mortem patris apparet nullum eſſe teſtamentum ob non ſeruatas ſolennitates quæ à lege ſunt præſcriptæ: quo demùm tempore licèt filio iuri & fauori ſuo renuntiare, non quidem vt conualeſcat teſtamentum quod iam ipſo iure nullum eſt, vel inuito eo ſoláque legis poteſtate, ſed vt partem hereditatis quam fratribus auocare poſſet, ſi vellet, nõ auocet, ſed abſtineat, ſicut & filiofamiliás nullo iure teſtato ſi pater conſentiat vt iniuſtus heres bona quæ in filii peculio fuerunt retineat, lex non repugnat, quia vt legi ſatisfiat, ſatis eſt filii teſtamentum non valere. Ic denique ſi heres qui quartam ex legatis per legẽ falcidiam retinere potuit, malit ſequi iudicium defuncti & ſolida legata præſtare, vtique ei licet, quia nihil in hoc fit cõtra legem quæ iam effectum habuit hoc ipſo quod falcidiæ deducendæ ius heredi detulit. Iá enim alio loco monuimus, totam vim legũ quæ circa ſucceſſiones teſtamentarias aut legitimas verſantur in eo conſiſtere, vt per eas deferatur ſuccedendi & acquirendi ius etiam inuitis, non etiam vt inuiti ſuccedant ſibique acquirant extra cauſſam heredum neceſſariorum. Planè ſi poſthumus à patre præteritus, viuo patre nõ natus ſit, ſed etiam deceſſerit, placet ſecundum eas tabulas, licèt ipſo iure nullas poſſe dari bonorum poſſeſſionem, & quidem cum re & effectu, id eſt talẽ cuius commodum heredi ſcripto eripi non poſſit, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt. rupt.* Sed tamen non eo minùs falſum eſt quod interpretes & pragmatici ſomniant, teſtamentum illud de æquitate prætoria reconualeſcere, quomodo loquitur Iulius Clarus in *d.* §. *teſtamentum, quæſt.* 45. Etſi enim ex prætoris iuriſdictione eſt, vt bonorũ poſſeſſio ſecundùm tabulas detur, tamen vt ea poſſeſſio ex teſtamento illo nullo ſit cũ re & effectu, non fit ex iuriſdictione prætoris, quæ nec eò vſque progredi potuiſſet, ſed ex reſcripto Diui Hadriani, vt lex ait, quod in eam rẽ fuit neceſſarium, vt nos etiam docuimus *lib. 9. Coniect. cap.* 15. & 16. Ex quibus etiam locis alia multa quę ad hunc tractatum pertinent, peti poſſunt.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo, ex bonis poſteà quæſitis.



VPLEX caſus eſt in quo fieri locus huic quæſtioni poteſt, Vnus ille, ſi filia quæ dotem à patre acceperit pacta ſit ſimpliciter de non plus petẽdo, alter, ſi pactionem illam iureiurando confirmauerit. Cæterùm pactionẽ interuenire neceſſe eſt ne quicquã amplius petere filia poſſit, vt quęſtio locũ habeat. Sola.n. dotis perceptio non impedit quominus mortuo quãdocunq; patre filia legitimã poſſit petere, ſed filiam tantùm obligat vt in eã portionẽ legitimam quam in defuncti patris bonis habere debet, dotẽ imputare teneatur, *l. quoniam nouella 29. C. de inof. teſt.* Interueniente autem pactione per quam filia prohibeatur amplius quicquam petere pro legitima nullo etiam adhibito iureiurando, illud primùm quæri ſolet, An auctis poſteà patris facultatibus ius ſit filiæ petendi ſupplementi ex bonis poſt pactionẽ acquiſitis. Quæſtionẽ interpretes & pragmatici in eo eſſe putant, An valeat eiuſmodi pactio perinde acſi iurata eſſet. Nã cùm iurata eſt, vix dubitant quin ſi de legitimæ quantitate poſt mortẽ patris quæratur, conſtitutæ dotis tẽpus ſpectandũ ſit non mortis, vt ſequenti capite dicemus. Dubitandi autẽ cauſſa ex eo naſcitur, quòd pactũ hoc cũ ſit de non ſuccedendo, videtur omni iure improbatũ præterquàm ſi accedente iuriſiurandi vinculo & religione confirmetur, ex Bonifacij conſtitutione in *cap. quamuis pactũ 2 de pact. in 6.* Multotũ tamen, & eorũ qui ſubtiliores ſibi videntur, ſententia eſt valere pactionẽ, non iure conuentionis de non ſuccedendo, quã fatentur valere non poſſe citra iuſiurandũ, ſed potiùs iure ſucceſſionis, quaſi filia quæ dotem à patre accepit pro omni legitimæ & ſucceſſionis iure, hoc ipſo portionẽ ſuã hereditariã aut legitimam velut ſibi præmaturè datam, & vt loquuntur, aſſignatã percepiſſe videatur. Habent.n. pro conſtanti, & indubitato, poſſe patrẽ viuũ legitimã filio protogare ſi filius conſentiat: Exemplo, inquiunt, eius quod debetur in diẽ, quod conſtat ante diẽ ſolui poſſe, perindéq; debitori liberationẽ contingere, quia & plus præſtat quàm debeat qui ante diẽ ſoluit, *l. Iauolenus 15. alias l. eum qui. D. de annuis legat.* Addunt ſimiliter euenire, vt quãuis falcidia non niſi heredi debeatur, ac proinde poſt mortẽ teſtatoris, quia nec ante heredẽ habere viuus poteſt, & cõſequenter inſpecta patrimonij quantitate quæ mortis tẽpore fuit, interdũ tamen poſſit falcidia præſtari futuro heredi à viuo teſtatore, vt in eleganti illa ſpecie quã Marcellus tractat in *l. cum quo 56. §. vlt. ff. ad leg falc.* Si centũ aureorũ dominus, inquit, vigintiquinq; alicui dederit, & eũ inſtituerit heredẽ, & dodranten legauerit, nihil aliud ſub occaſione legis falcidię interuenire poteſt, quia viuus videtur heredi futuro prouidere. Sed videamus ne longè verius ſit quod nos ſuperioris Decadis capite ſecũdo probauimus, fieri nullomodo poſſe vt legitimã portionẽ filius habeat viuo patre, nec ſi patris volũtas cũ filij cõſenſu in eam rẽ cõcurrat. Non ob id ſolũ quòd legitima nulla filio debeatur niſi poſt mortẽ patris, ne quidẽ filio adoptiuo in bonis adrogatoris, quãuis ea præcipuo quodã iure debeatur tanquã æs alienũ ex Diui Pij conſtitutione, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* iunct. *l. ſi adrogator 22. D. de adopt.* Sed etiam quia nec ſciri poteſt quid ſit in legitima

priuſquàm is in cuius bonis legitima debebitur, diem ſuum functus ſit, cùm in ponenda legitimæ ratione ea patrimonij quantitas ſpectanda ſit quæ deducto ære alieno, funeriſque impenſa mortis tempore inuenitur, *l. cùm quæritur 6. C. de inoff. teſtam.* de quo quia iam multa ſupradicto loco ſcripſimus, non erimus hîc longiores niſi vt argumenta quibus in contrarium pragmatici mouentur, in eorũ oculos retorqueamus. Ex ijs. n. ipſis apparebit euidentiſſimè, quantopere fallantur. Na quod primũ obijciunt id quod in diẽ debetur ante diem ſolui poſſe, ſicut falſum eſt ſi indiſtinctè dicatur, ita ſi cũ ea diſtinctione, quæ iuris rationi cõuenit, pro nobis quàmmaximè vigebit. Diſtinguendũ eſt an debeatur quid in diẽ incertã, an in eã quæ ſit certa. Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt. Totum. n. mediũ tempus ad ſoluendum liberum promiſſori relinquitur. At qui promiſit in diem incertam, aut quod idem eſt, ſub conditione (dies enim incerta pro conditione eſt, *l. dies 75. de cõ dic. & demonſtr. l ſub conditione 16. l ſufficit 56. D. de cond. indeb. l. talis ſcriptura 30 §. ſed etſi ſub conditione. de legat. 1.*) puta ſi aliquid factũ ſit, aut cùm aliquid factum ſit, niſi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam. de verb. oblig.* Ideóque repetere poteſt, tanquam indebitum per indebiti condictionem *l. qui promiſit 48. D. de cond. indeb.* Atqui ſi quod vnquam debitum incertum videri poteſt, tale certè eſt legitimæ debitum, de quo diſputamus. Non. n. duntaxat in diem incertã debetur, id eſt in diẽ mortis qui incertus eſt, ſed illud ipſum quod debetur prorſus incertũ eſt, quia computatur ex comparatione patrimonij quod mortis tempore reperietur. Quo quid incertius? Proinde iuris ratio facit, vt ſi quid pater viuus filio ſiue petenti ſiue accipienti pro legitima dederit, prorſus indebitũ dici debeat, non vt repetatur per indebiti condictionem quæ non magis inter patrem & filium, quàm alia vlla actio exerceri poteſt, ſed vt ſuo iure poſſit pater eas ipſas res quas filio pro legitima dedit, vindicare tanquam ſuas nec alienatas. Nam ſi dicas ex iuris regula, cuius per errorem ſoluti condictio eſt, eius conſultò dari donationẽ factam intelligi, *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* in promptu reſponſio eſt, non magis poſſe donationẽ inter patrem & filiumfamilias conſiſtere, quàm aliam vllam obligationem, *l 2. C. de inoffic. don. l. ſine emãcipatis 17. C. de donat. l. ſi donatione 13. C. de coll. l. donationes 31 §. pater. D. de don.* Qua de cauſſa dubitandum non eſſet, quin etiam dote data filiæ in vicem legitimæ, poſſet pater res dotales quaſi ſuas vindicare, ſi non ius ipſius illud impediret quòd & filia dotis capax eſt conſtante matrimonio *l. Pomponius 35. D. famil. erciſc.* & ius mariti qui indotatam vxorem non fuit ducturus, non patitur vt ei dos aufferatur, *l. Titia 64. D. de iur. dot.* Obſeruandũ enim eſt quod Papinianus in *d. l. Pomponius*, ait traditionem prædiorum à patre factam ipſi filiæ licèt ex cauſſa dotis non valere: filiæ tamen retentionem cõpetere ob eam ſolam cauſſam quòd dotis capax fuiſſet filia conſtante matrimonio, matrimonium autẽ etiam poſt patris mortẽ conſtitiſſet. Ita nãque iuuit ne dotis quidem capacem eſſe filiã extra matrimoniũ, vt intelligamus ſi pater filiæ nondum nuptæ aliquid donet, tametſi in cauſſam dotis, nõ poſſe donationẽ cõſiſtere, quandiu matrimoniũ nullũ eſt, tantũ abeſt vt valere poſſit datio legitimæ, quam viuus pater filiæ prorogauerit, nulla dotis mentione facta. Dotis. n. mẽtio fauorabilem & iuſtam facit cõuentionẽ, ſi modò matrimonium aliquod ſit, quoniã viuus pater filiam dotare tenetur *l. vlt C. de dot. promiſſ. l. cap. 19. ff. de rit. nupt.* cui tamẽ legitimã portiõ dare nec tenetur, nec ſi ma-

ſi maximè ambo velint, tamen poteſt: ex quo apparet quàm ridicula ſit eorũ ratiocinatio qui vt probent filiam eſſe capace legitimæ etiam viuo patre, afferunt capacem illam eſſe dotis, quæ ipſa in legitimã imputatur. Nam ſi matrimonium nullum ſit, ſicut dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, ita nec filia dotis capax eſt, non magis quam legitimæ. Sin matrimonium conſtet, capax eſt dotis propter matrimoniũ, at non legitimæ, licèt dos illa ſuo tẽpore in legitimã ſit imputanda, quia nihil cõmune habet legitima cum matrimonio. Sed & ita capax eſt dotis conſtante matrimonio, vt tamen ipſius dotis traditionẽ non filiæ, ſed marito fieri oporteat, queãdmodũ docuimus ad Papinianũ *lib.7.Coniect.cap.12.* Quanto minus igitur permittẽdũ erit patri, vt filio aut filię viuus legitimã tradat? Iã verò quod pragmatici obiiciũt de quarta falcidiana quã viuus teſtator heredi futuro dare poteſt ex *d.l.cum quo 56.§. vlt.D.ad leg.falcid.* licèt magis ad rẽ facere videatur, tamen æquè nugatoriũ eſt. Primùm quia nõ omnino recta cõparatio eſt falcidiæ & legitimæ. Eſt enim multo incertius debitũ legitimę, cum fieri poſſit vt turbato mortalitatis ordine filius ante patrẽ decedat, quàm falcidiæ quæ heredi debebitur, eo caſu quo legata quoque legatariis debebuntur. Nẽpe quia fieri nõ poteſt vt heres ante teſtatorẽ moriatur eo caſu quo de lege falcidia & legatis quęratur, vnde illud Imperatoris dictũ, *Nemo ſuum occidit ſucceſſorem.* Etſi enim facilè cõtingat vt heres ſcriptus moriatur ante teſtatorẽ, tamẽ cum id euenit, ſi ſubſtitutus nullus ſit, teſtamentũ deſtituitur & fit irritũ, nec proinde legatariorũ quicquã intereſt, cùm hereditate ex teſtamento nõ adita, legata omnia intercidant *l.ea quam 14.C.de fideic.* Deinde etſi maximè recta eſſet cõparatio legitimæ & falcidiæ, dico nõ ad aliã ſpeciẽ pertinere poſſe quod Marcellus ait teſtatorem viuum heredi futuro prouidere, quàm in qua id quod à teſtatore datum eſt heredi, reſpondeat ei portioni quam per legem falcidiam poſt teſtatoris mortẽ habere heres debet: vt accidit cùm is qui habebat cẽtũ in bonis, dedit heredi futuro viginti quinque, & legauit ſeptuagintaquinq; ſcilicet ſi eadẽ fuerit mortis tẽpore patrimonij æſtimatio. Nã ſi ponas ab eo tẽpore quo viginti quinque heredi data ſunt, emerſiſſe æs alienum, aut cõflatũ fuiſſe ita vt nõ ſuperſint in bonis niſi octoginta tẽpore mortis, nõ admittet Marcellus, tã benè heredi prouiſum à defuncto, vt ex ſeptuagintaquinque legatis nihil falcidiæ iure poſſit deducere, quia ex viginti quinque ſibi à teſtatore datis ſoluere tenetur viginti ex cauſſa æris alieni, quo detracto quinque duntaxat habere reperitur, qui per legem falcidiã viginti habere debet. Nec falcidiã impediet ea ratio quòd euenire ex contrario potuit vt teſtatoris facultates creſcerent, & heres lõgè plus quàm totius hereditatis quartã haberet. Nõ enim ſicut poteſt heres ſupra quartã habere aliquid, ita & minore portione quàm quarta pars ſit vllo caſu cõtentus eſſe cogitur, ſed omnimodo quartã habere debet totius patrimonij quod mortis tẽpore in hereditate reperitur deducto ære alieno. Nec ſolũ inuito teſtatore, ſed etſi maximè heres ipſe velit in eo teſtatori cõſẽtire, id eſt, tametſi ponas in propoſita ſpecie viginti quinq; data heredi ea lege nõ ſolũ vt in falcidiã imputaret, ſed etiã ne quicquã amplius pro falcidia vnquã petere poſſet. Quoniam non magis in futuri heredis quàm in ipſius teſtatoris poteſtate eſt, facere ne leges in teſtamẽto aut hereditate de qua agitur locũ habeant, vt pręcedenti capite dicebamus ex *l.nemo poſt 55.de legat.1.* iunct. *l.quod bonis 15 §.1.D.ad leg.falcid.* Ergo vt idem iuris in legitima conſtituamus quod in falcidia, ſimiliter dicendum erit, Poſſe fieri

vt viuus pater filio prouideat, ne vlla patre defuncto superſit petitio legitimæ, nimirum ſi ea bonorum quantitas quæ filio data eſt pro legitima, aut ea lege vt in legitimam quandoque imputetur, reſpondeat ei quantitati quæ filio, ſi tum pater decederet, pro legitima deberetur: Alioqui non benè prouidiſſe dici poſſet qui minus filio quàm lex dediſſet: At neque hoc ſufficere poterit vt à legitima ſuo tempore petenda filius excludatur. Sed illud præterea exigendũ erit vt quantitas quę filio data fuerit pro legitima, ei quantitati reſpondeat quæ mortis tempore in bonis patris debeatur: Aliter enim euenire vt minùs plena eſſet patris prouiſio, & conſequenter vt fieret iniuria legibus ex quibus legitima debetur, ſi minore portione quæ à patre data eſſet, contentus eſſe filius cogeretur. Atqui quæſtio quã tractamus ad eũ caſũ pertinet, quominus datũ ſit filiæ à patre pro legitima, quàm ei ex legibus deberetur ſi nõ renuntiaſſet. Nõ poteſt igitur fieri vt quãdiu vel vnus quadrans ei quãtitati deeſt quæ filiæ ex legibus citra renũtiationem mortis tempore deberetur, legibus ſatisfactũ, & naturale hoc debitũ anticipata ſolutione extinctũ videatur. Nec me illud mouet, quòd ſi pater à tempore dotis p legitima cõſtitutę pauperior factus eſſet, nihil tamen ex ea portione quã filia ante tẽpus in cauſsã dotis pro legitima accepiſſet, decederet. Ná reſpõdeo vel ex hoc maximè apparere, portionẽ illã quę nubenti filię data eſt pro omni legitimæ iure, nõ poſſe dici legitimã, nec legitimæ loco cedere, quánis in legitimã imputetur, quoniam ſi aut legitima eſſet, aut legitimæ iure cenſeretur, omnino eueniret vt diminutis ex poſtfacto patris facultatibus pro ea ſaltem parte indebita videri deberet quæ debitam mortis tempore portionem ſuperaret. At nullam pati poteſt diminutionem, quia non legitima, ſed dos fuit, quam pater etiam viuus dare filiæ ex officio debuit, & quidem habita ratione bonorum, quæ tunc haberet, non eorum quæ moriens habiturus eſſet. Semel enim conſtitutã dotem ex ſuperueniente patris paupertate diminui non oportet, nõ ſolùm propter cauſsã publicæ vtilitatis cum vtilitate mulieris cõiunctã, quæ dotes ſẽper & vbique vult ſaluas atque integras manere, ſed etiá propter adnexũ ius mariti qui nõ minore dote vxorẽ ducturus fuiſſe credendus eſt, *d.l. Titia* 64. *D. de iur. dot. l. purè* 5. *§. penult. D. de dol. mal. except.* Satiſque patri inopi eſſe debet quòd ſi paupertas dotis conſtitutionem ſecuta eius ſolutionem pręuenerit, non poteſt vigere ſuprà quàm facere poſſit, ſin iam dos ſoluta eſt, alimentorum patri præſtandorũ cùm neceſſe eſt, cõtributioni filia ſit obnoxia, ex fructibus dotis, dum ne maritus pari laboret egeſtate. Itaque nihil aliud poſſis ex hac ratione cõcludere præter hoc vnũ, quòd auctо poſt cõſtitutã dotẽ patrimonio, nõ debet ideirco dos filiæ augeri, quę in contrariũ caſum non diminueretur, vt eadem ratio ſit augmẽti & diminutionis. Dicam. ſolet non eſſe quẽ audiendũ, ſi id petat cuius contrarium non fuerat in contrariũ euẽtũ poſtulaturus ex *l. penult. C. de ſolut.* Sed tamẽ nec hoc quoque facilè mihi videtur admittendum. Quod enim fauore dotis & optima ratione conſtitutum eſt, vt lapſis ex poſtfacto patris facultatibus, nihilomagis minui dos debeat, non eſt in mulieris iniuriam retorquendum, vt ob id minorem legitimam conſequatur, quàm ſi dotem nullam accepiſſet, ne alioqui paternum officium fraudi ſit filiæ quæ oblatam quæſtámque à patre conditionem nuptiarum recuſare nec potuit, nec debuit. Quare ſi ponerem excluſam ſtatuto filiam à legitimæ petitione dumnodò congruè dotatã, non dubitarẽ, quin ex modo auẽti poſteà patrimonij augeri etiá dos deberet, tametſi

tametsi ab initio congrua fuisset, quia cùm non possit statuto in totum tolli legitima, vt frequentiore & veriore interpretum calculo receptum est, videtur hoc casu substitui dos congrua in locum legitimæ portionis, & consequenter easdé recipit conditiones, nō vt quantitati legitimæ respondere debeat, (ita enim fieret inutilis exclusio per statutū inducta, cùm & citra exclusionē verum esset nullā filiæ legitimā deberi quæ tantā dote accepisset, quantā pro legitima dari satis esset) sed vt quemadmodū congrua dos illa fuisse intelligitur, quæ à patre primùm data est in vicē legitimæ, habita scilicet ratione aliqua bonorū quæ tùm pater habuit, licèt non ad legitimam vsque ascenderit, ita incipiat esse non congrua quæ post auctas facultates eadem manet, ideóque pro portione aucti patrimonij augeri debeat, vel ex ipsa patris confessione, qui si cùm haberet quingenta duntaxat in bonis, putauit dotem esse congruā centum aureorum, vtique existimauit, si ad mille vsque aureos totius patrimonij quantitas excreuisset, non aliter congruam fore dotē, quàm si esset ducentorū. Nec quòd filia quasi congruè dotata promiserit se nihil amplius petituram, ei nocere debet, cùm non possit pactio tam generalem recipere interpretationem, vt ad ea referatur, de quibus non fuit cogitatum, *l. qui cum tutoribus. 9. & pass. D. de transact.* Neque verò ciuili interpretatione alium sensum potest habere ea conuentio, quàm vt nihil possit filia petere quandiu idem rerum status erit qui conuentionis tēpore fuit, *cap. quemadmodum. Extr. de iureiur. l. fin. D. qui satisd. cogant. l. fin. D. ad municip.* quibus ex locis probari solet iusiurandum quoque, tametsi nuda conuentione potentius & fauorabilius sit eandem tamen recipere interpretationem, facit *l. cura* 4. *§. deficientium. D. de muner. & bonor. l. ab his oneribus* 10. *§. auctis. D. de vacat. & excus. mū.* vbi scriptum est eos qui obtentu paupertatis excusati sunt, aliquando à muneribus & honoribus amittere excusationem, si medio tempore honestis rationibus patrimoniū ex voto incrementum acceperit. In quibus verbis ponderari volo illa verba *ex voto*. Sensus enim est, nullam ei fieri iniuriam cui auffertur excusatio propter auctas medio tempore facultates, cùm si eo tempore quo excusationem paupertas afferebat, interrogatus fuisset an eiusmodi excusationem sibi perpetuam esse cuperet, haud dubiè fuerit responsurus, malle se, si posset, diuitem fieri, & acquisitione bonorum iacturā facere excusationis. Quis enim tam diues est, qui augendi sui patrimonij votum non gerat? Eodē igitur modo dici potest, non debere iniquo animo ferre patrem si propter auctas facultates cogatur augere dotem filiæ, qui non iniquo fert animo factū se locupletiorem, quique dotis constitutæ tempore non recusasset amplioré dare dotem, si eo duntaxat pretio incrementum patrimonij comparandum habuisset. Verumenimuerò etiamsi admittendum esset, quod non puto, congruæ dotis augendæ rationem in proposito nullam esse, non tamen recta esset consecutio quæ pragmaticis & interpretibus placet à dote ad legitimam. Sic enim argumentantur vt dotis & legitimæ non modò iura, sed ipsa etiam propemodum nomina confundant. Dos, inquiunt, filiæ data, imminutis posteà patris facultatibus non minueretur. Ergo è contrario ijsdem auctis legitima filiæ non augebitur: cùm id vnum inferre potiùs debeant, Dotem igitur aucto patrimonio augeri non debere. Nam de legitima augenda vel minuenda tractari non potest, quandoquidem non nisi semel deberi ea & præstari potest, vnóque & eodem inspecto tēporis instanti, illo scilicet quo pater tùm primùm defunctus est: deniq; si probes non debere dotē augeri au-

ctis patris facultatibus,quia ijſdem imminutis,non imminueretur. Probabo eadem ratiocinatione legitimā ergo augeri debere auctis patris facultatibus, quia & ijs imminutis minueretur,licèt dos ſemel data nō minuatur,quia nec quicquam prohibet dotem maiorem eſſe legitima ſicut & minor eſſe poſſet. Sed perpetuus pragmaticorum error ille eſt ex quo cæteri omnes corfluunt, quod putant legitimam non minùs quàm dotem à patre viuo poſſe liberis dari,nec quicquam à legitima differre eam dotem quæ in legitimam imputanda eſt. Quod ſanè è certiſſimis principijs iuris tam abhorret quàm quod maximè.Igitur cùm non valeat pactio non iurata De non amplius quicquā petendo iure pactionis,de non ſuccedendo,nec rurſus poſſit videri filia legitimam percepiſſe quæ dotem pro legitima accepit, concludendum neceſſariò eſt ſaluam ei eſſe legitimæ perſecutionem,ideóque confic endam ei legitimam ex bonis illis,quæ mortis tempore in hereditate patris reperiuntur, nec conſtitutæ dotis tempus in ponenda legitimæ ratione ſpectandum eſſe.

ERROR QVINTVS.

Si iurata ſit renuntiatio filiæ,quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſteà quæſitis.

HIc alius caſus eſt,quem ſuperioris capitis initio prefati ſumus poſſe admittere propoſitam quæſtionem,Vtrum filiæ quæ dotem,aut quid aliud pro legitima accepit permittendū ſit; vt ex bonis poſteà quæſitis ſupplementum legitimæ petat.Ponimus autē ſic conceptā renuntiationē,vt eius poteſtate filia ſit excluſa etiā à legitimæ portionis petitione,ſiue nobiſcū ſentias filiā quę futuræ ſucceſſioni cum iureiurando renūtiauit,hoc ipſo à legitima quoq; excluſam intelligi,ſiue ſpecialem legitimæ renuntiationē neceſſariā eſſe defendas. Ex quo apparet ita demum poſſe huic quæſtioni locum eſſe, ſi de renuntiatione illa ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindenda quæratur.Nam quandiu tenet renuntiatio,per quam fiat vt neque legitima vlla, nec proinde legitimæ ſupplementū vllū debeatur,fruſtra quæras de legitimæ iuſta quantitate. Rurſus vbi iam ex iuſta aliqua cauſſa reſciſſa fuit renuntiatio, nihil eſt quod de renuntiationis poteſtate tractari poſſit, quæ ſcilicet in eo eſt vt perinde habeatur,acſi numquam facta fuiſſet:quo caſu certum vtique ius eſſet in ponenda legitimæ ratione non aliud tempus ſpectandum fore quàm quo pater mortuus eſſet,at quoniā placuit renuntiationes huiuſmodi quantūuis iuratas reſcindi poſſe ob immodicam læſionē,quæſtionis vtilitas in eo eſſe poteſt, vt ſciamus an in æſtimāda læſione,cuius probatio ad reſciſſionem neceſſaria eſt, habenda ratio ſit eorū duntaxat bonorū quæ renuntiationis tēpore fuerunt,an illorū etiā quę ex poſtfacto,& in tēpus vſq; mortis acceſſerūt,in qua quęſtione occurrit ſtatim quod dicas cū pragmaticis & interpretibus renūtiationis tēpus ſpectandū eſſe,vt & aliàs quoties de cōtractu reſcindēdo agitur ob læſionē,tēpus cōtractus inſpicimus *l. ſi voluntate* 8.*C.de reſc. vendit.* Neq; verò fieri poteſt vt qui ſe in cōtrahēdo læſum fuiſſe dicit,alterius tēporis rationē haberi velit quàm quo cōtraxit. Addunt, in iure quærendo nullā poſſe læſionē cōſiderari propter dubiū euentū ex *l.de fideicōmiſſo* 11.*C.de tranſ.* Itē id quod ab initio legitimè factū eſt ,non debere irritū fieri ex caſu ſuperueniens

uenienti, *l.2.ff de itin.actu priuat.* Addit *Decius conſ. 612.* conſiderandum eſſe quòd filia quę dotē & legitimā à patre accepit, potuit ante patrem decedere: quo caſu nec legitima ei debita fuiſſet, nec pro legitima, aliud quicquam. Sed præcipua omnium ratio illa eſt, quā nos ſuperiore capite ita agitauimus, quòd etiāſi tempus quod renuntiationem ſecutū eſſet rationem haberi oporteret, nollet tamen filia pati dotis quā à diuite patre acceperat diminutionem ob imminutas patris facultates. Cur ergo, inquiūt, ei permittam⁹, vt iſdē facultatibus adauctis legitimā ſibi augeri velit, & ex eo augmento inducat probationem læſionis quæ alioqui inſpecto cōtractus tempore nulla eſſet? arg. *l. pē. C. de ſolut.* Sed tamen ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, videbis nihil hac parte intereſſe, an filię renūtiat o fuerit iurata, nēcne. Vtroque.n. caſu, id eſt ſiue per reſtitutionem in integrū ex cauſſa læſionis, ſiue citra reſtitutionem petatur ſupplementū legitimæ per filiā quæ aut cū iureiurādo aut ſine iureiurando renūtiauit, dico eā patrimonij quantitatem inſpici debere quæ moriente patre fuit, non quæ tempore renūtiationis; ratione tamen diuerſa. Nā cùm iuſiurandū nullū interuenit, ea ratio pro filia facit, quòd neq; per renuntiationem excluſa eſt, quia renuntiatio nō valuit, neq; per dotis aut legitimæ perceptionem, quia nec volēs legitimā potuit cōſequi à viuo patre, licèt id quod accepit in legitimā debeat imputare: itaq; ſaluā habet legitimæ petitionem ſalua imputādi neceſſitate, & cōſequenter cùm legitima nō debeatur, niſi ex eo tempore quo pater defunctus eſt, cōſequens fit vt nō tā ſuplementū legitimæ quàm legitima ei debeatur: in ea verò ęſtimāda nō aliud patrimonīū, quàm quod mortis tēpore fuit ſpectetur. Interueniēte autem iureiurādo filię quæ pacta ſit de legitima tumquā petenda, facit pro filia, quod à nobis in ſuperioribus inculcatū ſępius, & probatum eſt, quòd huiuſmodi renuntiatio quantūlibet iurata licèt ab initio ſtatim valeat, vireſq; accipiat, tamen habet tacitā conditionem ſi quādoq; legitima portio deferetur, cùm neque iuriſiurandi poteſtate, neq; alia vlla iuris ratione fieri poſſit vt excluſio præcedat delationem, quemadmodum *Caſtrenſis* poſt *Bart.* & *Baldum* tractat ad *l. qui ſuperſtitis 94. de acquir. hered.* Vnde fit vt nō priùs renuntiatio vires ſuas exerat & demonſtret ad filiā excludendā, quàm pater ſit mortuus, quo demum inſtanti naſcitur ius petendæ ſucceſſionis aut legitimæ portionis, arg. *l. ſi Stichū 8. §. ſi quis ita. l. quotſes 34. D. de nouat. l. ſub conditione 16. D. de ſolut.* Illud igitur inſtans præciſè ſpectandum eſt in æſtimanda læſione quo pater deceſſit: ac proinde ea ipſa quantitas patrimonij quæ tum fuit. Idque quod magis mirabere, prorſus conſequens eſt ei regulæ qua mouentur pragmatici vt contra filiam reſpondeant, & quę habet, in reſcindendo contractu ex cauſſa læſionis inſpiciendum eſſe tempus contractus. Tempus namque contractus illud intelligendum eſt, non in quo, ſed in quod contractum eſt, id eſt, in quod collatus fuit effectus conuentionis, *l. quod ſponſæ 4. Cod. de donat. ant. nupt. l. in tempus 62. D. de hered. inſtit.* Itaque perinde habetur hæc renuntiatio acſi non niſi primo poſt patris mortem inſtanti facta eſſet, ac proinde tempus mortis neceſſariò ſpectandum eſt, vt ſciatur quid veniat in renuntiationem, & quanta ex renuntiatione læſio inducatur. Cùmque ex eo appareat filiam quæ legitimæ renuntiauit, hoc ipſo quod de legitima locuta eſt, cogitaſſe nō de ijs tantùm bonis quę pater tū habebat, ſed de ijs et a quę pater acquirere ſibi poterat in tēpus vſq; mortis, quia nec pri⁹ de legitima quęrēdū erat, ne-

Digitized by Google

ceſſaria conſecutio eſt acquiſitorum ex poſtfacto bonorum rationem habē-dam eſſe in æſtimanda læſione, cùm veniant in renuntiationem. Nam ſi non venirent, alia ratio eáque euidentior pro filia vrgeret, quod ei nocere non poſſet renuntiatio quod ad bona illa quibus non renuntiaſſet: Tritum enim eſt, actus agentium non vltra eorum intentionem operari debere. Scio eſſe ex interpretibus nonnullos qui pro filia hanc potiſſimùm ratione adferant, quòd non videatur illa cogitaſſe de bonis quæ pater acquirere poſt renuntiationem potuiſſet, indéque inferant, non debere maiore hac parte vim eſſe iuriiurandi, quàm ſimplicis renuntiationis, niſi hactenus vt faciat valere renuntiationem, quæ alioqui non valeret, non etiam vt plus comprehendatur renuntiatione quàm ſi iuſiurandum non interueniſſet, propterea quòd iuſiurandum quoque ſicut & ſimplex renuntiatio tacitam illam interpretationē recipiat *rebus ſic ſtantibus*, neque facere poſſit vt extendi debeat conuentio ad ea de quibus non fuit cogitatum: quemadmodum ſuperiore capite dicebamus. Sed mihi ratio hæc placere numquá potuit, quia non puto fieri poſſe vt renuntiatio legitimam cōprehendat, quin de bonis omnibus in mortis vſque tempus acquirendis cogitatum eſſe videatur: ſiquidem eo demum tēpore, nec priùs incipit locus eſſe quæſtioni de legitima. Nec illa quoque ratio mihi placet quam nonnulli adferunt pro filia, quòd ex Iuſtiniani conſtitutione poſſit dos filiæ diminui ſi pater facultatibus labi cœperit, *Auth. ſed quamuis. C. de rei vxor. act.* Nam vt taceam quod illi ipſi negant, conſtitutionē illam vſu vnquam fuiſſe receptam, pertinet ius illud nouum ad dotem quæ ſoluto filiæ matrimonio reuerſa ſit ad patrem, aut poteſtatis aut pactionis iure. Cuius certè ratio longè diuerſa eſt ab ea dote quæ penes maritum ſit, ſiue conſtante matrimonio, ſiue ſoluto quidem, ſed ſuperſtitibus ex eo liberis quam diminui poſſe nullo caſu proditum eſt. Conſtat autem ex ſuperioribus quàm futiles ſint rationes omnes quibus mouentur noſtri, vt renuntiationis tempus, non mortis ſpectandum eſſe probent. Nam quod aiunt, contractus tempus ſpectandum eſſe cùm quęritur de læſione quę in contractu interuenerit, ego equidem admitto, ſed renuntiationis tempus illud, vt dixi, intelligo in quod collata diſpoſitio eſt, non quo inſtrumentum conſcriptum fuit. Item quod addunt, nullam in iure quærendo læſionem poſſe conſiderari propter dubij euentus incertitudinem, ad rem non pertinet. Nam cùm renuntiatio hæc futuræ legitimæ in id tempus conferatur quo legitima debebitur, ac proinde quo ius petendæ legitimæ non quærendum, ſed quæſitum erit, nihil vetat quominùs certa læſio conſiderari poſſit habita ſcilicet ratione bonorum quę in morientis patris hereditate reperientur. Simile eſt quod obiiciunt, id quod ab initio conſtitit, non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti. Etſi enim renuntiatio, nihil obſtante tacita illa conditione, quá habet, ſi legitima ſucceſſio aut portio deferetur, vires ab initio accipit, ſcilicet hactenus vt non ſit in poteſtate filię exiſtente quandocúnque renuntiationis conditione, ex iureiurando ſuo obligetur, tamen cùm effectum ſuum conferat in tempus mortis, quo demum inſtanti extitura eſt conditio, perinde habetur renuntiatio acſi non niſi eo ipſo inſtanti facta eſſet, ac conſequenter incrementum illud patrimonij quod medio tempore accidit, non tam ſecutum eſſe quàm præceſſiſſe renūtiationem intelligitur. In eóque perpetuus pragmaticorum & interpretum noſtrorum error eſt, quòd renuntiationes iſtas cùm iuratę ſunt, habent illi pro puris, nimirum exiſtimantes legitimam

gitimam à viuo patre dari posse filiæ & protogari: quorum vtrumque falsissimum est. Quis verò non miretur *Boerium decis.* 3. & 62. & alios plerosq; qui cùm defendant renuntiationem iuratam non extendi ad legitimam, volunt tamen extendi ad supplementum debitum ex bonis post renuntiationem acquisitis? An non enim supplementum hoc legitimæ ipsa legitima est, aut saltem pars legitimæ? Aut quomodo fieri potest, vt cui legitima nulla debetur, ei legitimæ supplementum aliquod debeatur? Sed magis ridiculum illud est quod postremo loco obiecimus ex Decio, potuisse fieri vt filia quæ legitimæ iuratò renũtiauit accepta dote, ante patrem moreretur quo casu, inquit, non eo minùs legitimam quæ nulla debita fuisset, habuisse videretur. Nego enim futurum eo casu vt habuisset legitimam. Dos enim illa non legitima dicenda esset, neq; legitimæ loco dos cessisse dici posset eo casu quo legitima nulla vnquà debita fuisset. Sed & præmortua sine liberis filia dos illa ad patrem rediisset, *l. dos à patre* 4. *C. de solut. matr.* Liberis verò superstitibus in eorũ legitimã imputanda fuisset, vt sequenti Decade scribemus. Vtroque igitur casu satis superque consultum esset patri, cui propterea non est quod in eo faueamus vt minorem filiæ legitimam debeat, quàm si nihil ab eo viua filia accepisset, illa enim semper obseruanda differentia est quam nos inter dotem & legitimam constituimus, cauendúmque ne dotis & legitimæ iura confundantur. Non enim sicut legitimæ, ita & dotis amphoris renũtiatio tacitam vllam habet conditionem, quia dotem filiæ debet viuus pater, legitimam verò non nisi mortuus. Itaque si in dote læsam se dicat filia quasi minùs congruam à patre acceperit, qui ampliorem dare ex officio debuerat, renuntiationis tempus præcisè spectabimus, nec bonorum postea acquisitorũ vllam habebimus rationem, quoniã nihil est quod imputari possit patri qui semel congruam dotem dedit, inspecto patrimonio quod tunc habebat: nihilque filiæ interest quæ quantò minorẽ dotem erit cõsecuta, tantò ampliorem legitimã consequetur. De illa siquidem filia loquimur quæ statuto exclusa non sit à petitione legitimæ propter dotem; sed tantùm pacto per renũtiationem: alioqui dicerem auctis ex postfacto patris facultatibus dotẽ quæ ab initio congrua fuisset, minùs congruam fieri, ideóque augeri debere, vt à nobis superiore capite probatum est. Ex eaque dotis & legitimæ distinctione illud etiam apparet quàm parum probabilis sit ea sententia quæ in proposita quæstione ad conciliandas interpretum contrarias opiniones, pragmaticis nostris magis placet. Aiunt enim, si filia ab initio congruenter dotata sit, & quidem ita vt non possit probare se læsam inspecta ea bonorum quantitate quam pro legitima habere debuisset, si tum pater decessisset, non esse illam audiẽdam si ob quantumcumque auctas ex postfacto facultates patris ampliorem legitimã petat, seq; læsam probare velit ex comparatione patrimonij quod moriens pater reliquit, esse tamen audiendam si ab initio læsa fuit vel in modica quantitate, quasi fauendum sit patri qui bona fide rem cũ filia egit, non item ei qui filiæ facultate abiuti voluit vt eam circumueniret. Esset enim hæc conciliatio probabilis si dotis & legitimæ idem ius esset, aut si dos à patre data legitimæ locò cedere posset, nec magis legitima patre quà, documque mortuo quàm dos, filiæ iam congruenter dotatæ deberetur. Sed cùm hæc omnia lõgè aliter se habeant, nec quicquã simile aut cõmune gerat dos cum legitima nisi quòd in legitimam imputatur, cúmque diminutis ex postfacto patris facultatibus, filiæ legitima minuatur, quamuis non ipsa dos,

concludendum est renuntiationem legitimæ tametsi iuratam rescindi posse ex causa immodicæ læsionis, æstimata læsione ex comparatione patrimonij quod non renuntiationis, sed paternæ mortis tempore fuit, siue ab initio cõgrua dos fuerit, siue non.

ERROR SEXTVS.

De læsione quæ locum facere possit restitutioni aduersus iuratam pactionem de non succedendo.

CVM dixerimus renuntiationem futuræ successionis aut legitimæ portionis rescindi posse ob immodicam læsionem, tametsi iusiurandũ interuenisse proponatur, illa quæstio nunc tractanda superest, quãtam lęsionem esse oporteat vt in integrum restitutioni locus esse possit. In qua quæstione video interpretes à pragmaticis ferè omnibus præsertim Italis probatos, distinguere, An patri facta sit renuntiatio, an alij quàm patri. Priore casu volunt iustã esse petendę absolutionis & integrũ restitutionis causam si læsio sit enormis, vt loquũtur, id est vltra dimidiã: concurrit enim ex alia parte, inquiunt, reuerentia quã filia debet patri, propter quam verisimile sit non audentẽ eam contradicere ac proinde metu potiùs quàm libera voluntate inductam renuntiasse *arg. l. §. quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non det. l. si superstites 5. C. de dolo. vlt. D. de furt.* Atque ita ex capite edicti *De eo quod met. caus.* dant restitutionem in integrũ, nil obstãte iureiurando, quod ita demũ seruari vult pontificia cõstitutio in *cap 2. de pact. in 6.* si neq; vi, neque metu, neque dolo pręstitũ sit, ne alioqui vinculũ sit iniquitatis potiùs quàm religionis. Nec distinguunt an maior sit filia, an minor annis vigintiquinq;. Ideò fortassis quòd paternã reuerẽtia non minùs vrgeatur filia quæ maior quàm quæ minor est: quodq; præsumendum nõ sit voluisse patrem decipere filiã minorem potiùs quàm maiorem, *l. Aurelius 29. §. Titius testamẽto ad fin. de liber. legat. l. penult. §. 1. vbi Bald. C. de adop.* At posteriore casu quo alij quã patri facta sit renũtiatio, magis probãt vt melioris conditionis esse debeat filia minor quàm maior. Propterea quòd succurrendum sit minori si enormis tantùm & vltra dimidiam læsio probetur, maiori verò nõ aliter quàm si enormissimè læsa sit, hoc est, longè vltra dimidiam, & ad eam vsq; quantitatem quæ sit vltra bessem, fortè si legitimę quã aureis plus quàm trecentis dignam esse apparuit acceptis centũ renuntiauerit. Hoc autem ideò quoniam existimant nouam Imperatorũ constitutionem in *l. 2. C. de rescind. vendit.* quam ad cęteros ferè omnes contractus ex eadem humanitatis ratione protrahunt, non habere locum si iusiurandũ interuenerit, nisi non enormis tantùm sed enormissima quoque lęsio accedat, quæ inquiunt re ipsa dolum habet, cùm non sit verisimile cõsensurum quemquam fuisse in tam grandem læsionem, si non fuisset adhibitus dolus, quem tamen sicut & vim & metum à iuramento excludi æquum est: ne patrocinium sumat à legibus quarum potestate purgandus sit potiùs, & vindicandus. Parum enim referre arbitrantur an dolus ex proposito dederit causam contractui, an inciderit in contractum, nisi quòd illo casu contractum ipso iure nullum, isto verò rescindendum esse volunt, & quidem ita vt in integrum omnia restituantur, nec ei qui alium decepit iusti pretij supplendi electio

relinquatur

relinquatur. Mihi verò tota hæc distinctio quam ex cõmuni aliorũ sententia referre probatq; *Didac. Couarr. in 3. part. relect. cap. quamuis pactum. §. 4 num. 7. & seqq.* nõ plura verba cõtinere videtur quàm errata. Primùm .n. illud mihi valdè suspectum est quod pontificiã constitutione quæ nõ nisi de renuntiatione patri per filiam facta loquitur, protrahunt ad alias quoque renuntiationes quæ alij cuicumque factæ sint, dummodò iusiurãdum interuenerit. Etsi.n. constitutionis ratio præcipuà sumitur ex autoritate iurisiurandi quod omnimodo seruãdum est quoties citra dispendium salutis æternę seruari potest, nemo tamen non videt longè minùs odiosam esse renuntiationẽ, ideóq; facilius iureiurãdo confirmari debere, quę patri quàm quæ alij facta est, quia prudens bonúmq; pro filia consilium pater cepisse credẽdus est, non etiã mater cui propter sexus fragilitatẽ nẽ quidem facultas boni consilij capiendi suppetit. Non etiam fratres, qui sororis renuntiantis facultates quantascun.que vel vnõ nutu si facere possent, ne dicam iptius morte redemptas plerũque vellent. Itaq; non facilè, meo iudicio, debuit noua constitutio & satis alioquin odiosa produci ad alias personas, propter eam doli præsumptionẽ quę ex pactione ipsa legibus prohibita induci nõ temerè potest, & ex qua non mediocriter labefactatur autoritas iurisiurandi quę non tãtùm à dolo, sed à doli etiam suspicione vacua esse debet: doli porrò suspicionem sola patris persona purgare potest, non etiam cęterorũ qui pietatis & prudentię paternę aculeos nullos sentiunt. Denique sicuti iusiurandum facere non posset citra Bonifacij constitutionem vt à paterna successione excludi debeat filia quę contra legum prohibitionẽ pacta esset de non succedendo, quoniã iusiurandum quoq; nullius momenti haberetur quod præstitũ esset contra leges, *l. non dubium §. C. de legib.* Ita & cùm alij quàm patri facta renũtiatio est, ius antiquũ seruãdum est, vtpote cessantibus hoc casu verbis nouę constitutionis, cessante etiam æquitate ipsa qua propter patris personã moueri summus Pontifex potuit, vt huiusmodi iusiurandum tueretur, quęque perpetua iurisiurandi comes esse debet. Deinde quod addunt interpretes, nihil referre an filia quę patri renuntiauit, minor eo tempore fuerit an maior annis vigintiquinque, nec illam magis quàm hanc posse in integrum restitui si non enormis quoque læsio accedat ad metum reuerentialem, non potest, meo iudicio verum esse. In omni siquidem iuris parte fauetur minoribus magis quàm maioribus extra causam doli vel delicti, maximè verò cùm agitur de æquitate restitutionis in integrũ ex causa læsionis indulgendę: vt ea ætas lubrico doli & deceptionis longè magis exposita est, quàm quę iam plena & perfecta plus cõsilij iudicijque habet ad res bene prudenterque administrandas. Ratio autem illa qua mouẽtur interpretes, vt omnẽ ætatis distinctionẽ hac parte reiiciant, apertè falsa est. Putant enim iurisiurandi autoritatẽ eã esse debere, vt filia quę renuntiauit, non aliter à iureiurãdo absolui oporteat, quàm si per vim & metum aut per dolũ ad iurãdum adacta probetur, siue minor fuerit, siue maior, dummodò pubes, quòd ex iureiurando puberes omnes æquè obligẽtur. Quę sententia si vera est, non video quonã alio casu verius dici possit summũ ius summam esse iniuriã. Quoties enim contractus talis est, quem si iuratus non esset, ex causa aliqua rescindi oporteret, non debet iusiurandũ esse vinculum iniquitatis vt impediat æquitatẽ restitutionis. Ipso namq; rerũ quotidiano vsu cõpertũ est qua facilitate quis contrahit & decipitur, eadẽ quoq; persuaderi vt iuret. Nec est qđ quis obiiciat ita fieri vt nulla sit autoritas iurisiurandi.

Est enim maxima in eo quod firmat cõtractus, facitq; vt ipso iure valeat, qui aliter nõ valeret, ita vt nec absolutio peti, aut salté effectũ habere p... maxima æquitate id suggerente. In quo pragmatici Galli nostríque ... mihi æquiores, ne dicam prudentiores Italis. Non enim separant causa... solutionis à caussa restitutionis, sed vbicunque subest æquitas quæ restit... né dari debere suadeat, absolutionis quoque indulgẽdæ ratione subesse ex... stimãt, quá & iudex ecclesiasticus passim & sine causæ cognitione indulge... solet, quamuis ad fines agendi tãtum, & eo demùm casu effectũ habitura, quo iudex locus ad quẽ spectat cognitio restitutionis, causa à cognita restitutione petenti cõcesserit. Itali contra quotiescunque adhibitũ est iusiurandũ quod neque vi neque dolo malo formali aut præsumpto extortũ sit, nihil aliud intuendũ existimant nisi an sine detrimento salutis æternæ seruari possit nécne, siue mulierẽ proponas quæ contra Velleianũ intercesserit, aut de dote malè pacta sit, siue minorẽ qui prædia sine decreto iudicis perperá & vilissimo pretio distraxerit: adeò vt nec aliter huic iniquitati posse occurri apud Pedemõtanos créditũ sit, quàm si edicto Principis quod in eá rẽ extat, prohiberentur notarij ne in eiusmodi instrumẽtis cõponendis iusiurandũ mulieris aut minoris vllum adhiberent. Admisso igitur eo iure quo Senatus noster vtitur vt nil obstante iureiurando perinde rescindi cõtractus possit si subsit caussa restitutionis ac si iuratus nõ esset, dico renuntiationẽ quam patri filia licèt iuratò fecerit rescindi posse & debére ex caussa lesionis, si filia minor fuit, quãms intra dimidiã læsa proponatur, quia quod hoc etiã casu enormẽ lesionem interpretes requirunt, ex eo proficiscitur, vt dictũ est, quòd ita demũ filiam à iurisiurãdi vinculo absolui posse volunt, si per vim aut metũ adacta sit ad iurandũ: metũ verò illũ non ex qualibet læsione induci posse putant, sed ex ea tantùm quæ sit enormis, quæ nec ipsa sufficeret nisi metus quoq; reuerẽtialis cõcurreret. Tolle igitur erroré illũ superstitiosum magis quàm religiosum de iurisiurãdi autoritate, Relinquetur vt ea læsio sufficere debeat ad indulgendũ minori filiæ auxilij restitutionis, quæ sufficeret si citra vinculũ iurisiurandi pactio illa de nõ succedendo valere potuisset. Atqui nemo non fateretur eo casu succurrendũ fore minori filiæ potiùs quàm maiori ex caussa læsionis immõdicæ, quòmá vbi sola lesio inducit restitutionẽ, cõstat in maiorũ duntaxat, nõ etiam in minorũ restitutionibus consututũ esse vt lesio vltra dimidiã iusti pretij requiratur. Idẽ ergo & interueniente iureiurando admittendũ est. Sed & ex eo quod interpretes volũt enormẽ lesionẽ cũ reuerentiali metu cõcurrentẽ sufficere vt filia etiã maior annis vigintiquinque per vim & metũ iurasse existimetur, contendo fieri debere vt in filia minore minorẽ quoque lesionẽ exigere debeamus. Etsi enim metus reuerentialis in cuiuslibet ætatis filia idẽ est & esse debet, nec solus sufficit ad impetrãdam restitutionẽ, *l. ad inuidiam 6. vbi Bart. notat C. de eo quod vi met. caus.* cùm tamẽ comuncta læsio inducat metũ, si nostris credimus, cõsentaneũ est vt quemadmodũ minor lesio sufficeret in persona minoris filiæ ad inducendã æquitatẽ restitutionis si sola lesio satis esset, ita & minor lesio in persona filiæ minoris debeat inducere metũ præsumptũ. Ná & multò facilius fit vt minori annis vigintiquinq; quàm vt maiori metus inferatur. Siquidẽ in prætoris edicto metus nõ alius intelligitur, quàm qui sit iustus, & qui cadere possit in cõstantẽ virũ. Nemo autẽ nescit minùs esse cõstantiæ in minore quàm in maiore. Quamquá hæc ipsa ratio facit vt nõ putẽ verũ quod rẽ constanter interpretes omnes defendunt:

enormem

enormem læsionem cum reuerentiali metu coniuncta inducere probationē eius metus quem intercenire necesse est, vt ex edicto Quod metus caussa id quod gestum est rescindatur. Tantum enim abest vt præsumptus metus sufficere possit ad restitutionem, qualem esse hunc fatentur qui ex metu reuerentiali & enormi læsione inducitur, vt nec verum metum illatum esse prosit, nisi talis metus sit qui cadere possit in constantem virum. Quid verò cum eo metu simile habet pudor filiæ quæ patri exiguam dotem offerenti vt filiæ renuntiationem extorqueat, contradicere non audet? Alterutrum igitur admittendum est, vt vel metus reuerentialis sufficere debeat impetrandæ restitutioni si læsio aliqua non prorsus modica accedat, siue filia maior sit siue minor, vel nulla læsionis ratio habenda sit quantacunque proponatur. Nusquam enim scriptum reperias commune quicquam habere læsionem cum metu, aut si quid in ea re læsioni tribuendum est, enormem potiùs & quæ sit vltra dimidiam quàm aliam quę non omnino modica sit, requiri Pugnátque ex diametro cum hac interpretū traditione lex *si superstite* §. *C. de dolo*. in cuius specie filia quę cum patre contraxerat, tametsi immodicè læsa esset, inuatur contra patrē non ea parte edicti quæ est De eo quod metus caussa, sed ex capite De dolo, temperata tamen propter paternam verecūdiā verbis in factum conceptis actione. Etsi enim actio illa in factum non infamat, cùm tamen subsidiaria sit actionis De dolo, non alio casu dari potest quàm quo actio de dolo dari posset si paterna verecundia non obstaret. Atqui non competeret de dolo, quandiu ex capite De eo quod metus causa indulgeri restitutio posset: paterna igitur verecundia cum læsione quantumcumque enormi coniuncta non potest inducere auxilium prætoris, quod ille metum iustum passis pollicetur. Quæ cùm ita sint apparet illam quoque distinctionis partem falsam esse, quę habet, Si filia quæ renuntiauit alij quàm patri renuntiauerit, non aliter posse eam restitui ex caussa enormis læsionis, quàm si sit minor annis vigintiquinque. Sin maior sit, enormissimam læsionem probandam esse. Nam vt ita distinguant mouentur etiam sola iurisiurandi autoritate, & cessante metu reuerentiali cùm alij quàm patri filia renuntiauit, nullam violandi iurisiurandi caussam satis iustā esse putant, præter dolum, quem portò ita demum in re ipsa inesse putant vt dolo ex proposito comparetur, si enormissima læsio probetur intercenisse. At nos iam diximus iusiurandum facere non debere vt impediatur restitutio quę ex læsione iustam caussam habet, licèt neque vis interceserit, neque metus, neque dolus. Idem igitur iuris in huiusmodi renuntiationibus alioquin odiosis & à iure ciuili prohibitis seruandum erit quod in aliis contractibus fauorabilibus licèt iuratis seruari solet, vt si à maiore restitutio petatur enormis læsio probanda sit: sin à minore, minor quoque læsio requiratur. Sed neque video quid interest an patri filia renuntiauerit an alij, cùm de paterna successione actū est. Non enim valere potest pactio inter filiā & alios facta de non succedendo patri nisi patris consensus accedat: ex *l. vltim. Cod. de pact.* quo interceniente vix est vt non idem reuerentialis metus adsit, qui adesset si ipsi patri facta esset renuntiatio. Cur ergo aliud hoc casu admittemus, nec æquè succurremus filiæ licet maiori, vt saltem probata enormi læsione restituatur? Quod si de alia quàm de paterna successione actum sit, vix etiam esse puto vt non eodem iure censeri debeat filia quæ matri, quo ea quæ patri renuntiauit. Etsi enim non eadem matris quæ patris in liberos potestas

est, eandem tamen vtrique parenti reuerentiam liberi debent, cùm ea reuerentiæ exhibendæ necessitas non ex iure potestatis, sed à natura proficiscatur. Itaq; in subit vtroque casu idé metus reuerentialis, non debet deterioris conditionis esse filia quę matri renuntiauit quàm quæ patri, nec maioris læsionis probatione onerauda est. Quam etiam ob causlam, suprà moti sumus contra interpretes ex *d.l. si superfluit c. de dolo*, vt probaremus ex metu reuerentiali iuncto cum immodica læsione iustũ metum non induci, quamuis ea lex loquatur de filia emancipata, quia scilicet reuerentialem metum inducit nomen patris non ius potestatis, vt de dote profectitia scriptum est in *l. 5. §. 1. D de iur dot.* Planè extra parentes fateor reuerentialé metũ nullum esse, cuius in concedenda restitutione ratio haberi possit. Nolo hic repetere quæ iam sæpius à nobis in superioribus tractata sunt contra inueteratũ illum errorem interpretum De dolo in re ipsa ex enormissima læsione inducẽdo. Sed hoc tantùm monere volo, facilius esse vt filia in integrũ restituatur aduersus cõtractum quem cũ patre init cùm se ex sua simplicitate deceptam allegat quàm si metum vel dolũ sibi à patre illatum esse diceret, sicut apparet ex ea prudentũ veterum distinctione quam Iustinianus refert in *d.l. vlt. c. qui & ad uerſ. quos in integ. reſtit. non poſſ.* Vt intelligamus filiá quæ patri renuntiauit, nõ in eas esse redigẽdá angustias si in integrum restitui velit, vt dicat, probétve dolo se patris vel metu adactá vt cum iureiurãdo renuntiaret, sed sufficere debere si dicat se læsam sua simplicitate probétque læsionem: cui consequens est vt ætatis quoque distinctio admittenda sit, tantóq; facilius restituẽda filia quæ minor fuit quanto credibilius est eã sua simplicitate deceptã esse, quàm si maior fuisset. Illud verò etiam obseruãdum est cõstitutionẽ illã Iustiniani in *d.l. vlt.* quæ liberos ab omni spe impetrandę aduersus parentes restitutionis excludit, ad propositam quęstionem non pertinere. Solis enim parentibus & patronis ea lege prospicere Iustinianus voluit propter reuerẽtiam quę huiusmodi personis debetur, non etiam eorum heredibus quibus vtique debetur nulla: proposita autem quęstio De rescindenda renuntiatione futuræ successionis aut portionis legitimę, ex causa immodicæ lęsionis, non potest locum habere nisi mortuo demum patre, quia nec priùs effectum habet renuntiatio, nec de legitimę iusta quantitate viuo patre tractari potest, vt in superioribus latè fuseque à nobis disputatum est.

ERROR SEPTIMVS

De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ successioni cum iureiurando.

EST hæc tractatio velut appendix quædam superioris, potéstq; fieri locus quæstioni, licèt vix sit vt filia paternæ successioni renuntiet adhibito præsertim iureiurãdo quin vel dotẽ, vel quid aliud à patre accipiat. Euenit enim aliquando vti ea quãtitas quam pater dat filiæ in dotem pro legitima vt renuntiet illa bonis paternis, maternis, fraternísque, non sit ampliot quàm quanta filiæ ex maternis solis aut fortasse ex legato per patrem pręstando debeatur, quod cùm accidit etsi instrumento cõprehẽsum sit quãtitatẽ illam à patre promissam aut numeratã esse pro iurib⁹ omnibus, effectu tamẽ ipso verũ est nihil filiá à patre accepisse. Quid enĩ est quod de suo dedisse videatur, qui quod dedit omnimodò dare debuit; *l. v-*

num

num ex familia 67.§.1.de legat.2. Autoritas tamen iurisiurandi facit vt hoc etiam casu quæratur an renuntiatio valeat, & pontificiæ constitutionis de qua hucusque diximus iure defendatur. Frequentiórque interpretum sententia est valere renuntiationem & iureiurando confirmari, quoniam possit iusiurandum hoc seruari commodè sine detrimento salutis æternæ. Sic enim *Didacus couarr.* post alios *in tertia part. relect. cap. quamuis de pact.in 6. §. 4. num.6.* Putentur tamen posse impetrari absolutionem à vinculo iurisiurandi, & in integrũ restitui filiã aduersus renuntiationem, siue ex capite *De eo quod met.causs.* propter concurrentẽ metum reuerentialem si cum patre contractũ fuit, siue ex caussa doli si cum alio quàm cum patre, propter enormissimã læsionem cuius probatio euidens est renuntiante eo cui in vicẽ legitimæ successionis aut portionis nihil datur. Ideò autem dant absolutionem & restitutionẽ quòd nulla vis sit iurisiurandi per vim aut metũ dolúmve extorti: quale his casibus illud esse intelligitur, quod adhibitũ est in renuntiatione. Ego ne repetam, quæ superiore cap. contra interpretes disputaui, nõ possum probare quod illi volunt pactionẽ hanc, de qua quærimus iureiurãdo confirmari. Et enim cùm nõ solùm sit cõtra leges, sed etiã sine caussa, negari nõ potest quin aduersus agentẽ ex ea pactione danda sit exceptio doli, quæ iure cõpetit quoties agitur ex stipulatione interposita sine caussa, *l.2.§.circa. D.de dol.mal. excepti.* quoniã, vt ibi Vlp.ait, nunc facit dolo qui ex ea stipulatione agit, licèt ab initio nihil dolo fecerit. Absurdũ autem sit existimare doli exceptionẽ ob id minùs locum habere posse, quòd iusiurandũ interuenerit. Nam sicuti iusiurandũ quod dolo malo extortũ est nõ obligat iurantẽ, ita neque adimere potest iuranti exceptionem doli, siue detur exceptio illa ob dolum qui iusiurãdum expresserit, siue ob dolum qui actionis potiùs quàm stipulationis tempore emerserit. Semper enim dolus potẽtior est iureiurando, neque aut actio de dolo, aut exceptio doli per iusiurandum vnquã perimitur: ne alioqui eueniat vt iusiurandũ iniquitatis & doli vinculum constituatur. Quod si in proposita specie nulla potest esse vis iurisiurandi propter doli exceptionẽ, consequens est vt nulla sit ad renuntiationem rescindendã necessaria restitutio. Nõ modò quia extraordinarium auxiliũ quale est restitutionis sicut necessarium nõ est, ita nec cõpetit, vbi adest ordinarium exceptionis doli, *l.in caussa 17.in princ.& §.1.D.de minor.* Sed etiam quia cessante potestate iurisiurãdi quo solo sustinebatur renuntiatio, supereſt ius cõmune & antiquum ex quo pactiones huiusmodi de non succedendo prorsus improbantur: cúmque nullo iure subsistat, fieri nõ potest vt rescindatur, *l.nã et si 5.D. de iniust.rupt.& irrit.fact. testam.* Et sanè pontificia constitutio quæ prima soláque ius hoc induxit eum nominatim casum demõstrat quo filia accepta dote patri renuntiauerit. Proinde sicuti non eadem vrget æquitas cùm filia vt renuntiaret nihil à patre acceperit, ita nec ratio vlla est vt ad eum casum constitutio noua correctoria & odiosa protrahatur. Accedit quod ipsa constitutionis verba excludunt iusiurandũ quod vi, vel metu, vel dolo sit extortũ. Si ergo verum est quod interpretibus placet præsumi dolo extortũ iusiurandũ quoties enormissima læsio interuenit, adeóque per vim & metũ si concurrat metus reuerentialis. An nõ prorsus consequens est in ea specie quam tractamus nullam iurisiurandi rationem haberi debere? Quęnam enim grauior læsio vel animo concipi potest quàm si nihil prorsus filiæ pater dederit? Si verò nullam iurisiurandi rationẽ habendã esse fateare, ideóque admittas filiam ad petendam absolutionem &

restitutionem, quid obsecro indiget illa auxilio absolutionis & restitutionis aduersus renuntiationem quæ nulla est ipso iure? Viden' vt nostri se hîc prępediant implicéntque miris contradictionibus. Non enim hoc genus contractus simile est cæteris cõtractibus iuratis, qui non eo minùs tenent ipso iure quòd dolus aut metus in contrahendo iurádóque interuenerit. Finge adactũ quem per vim & metũ, nõ vt fundũ venderet (dolus enim dans causam venditioni faceret venditionẽ ipso iure nullam, *l. & eleganter 7. in princip. D. de dolo*) sed vt vilissimo pretio venderet, ac præterea iureiurando æquè per vim aut per dolum extorto confirmatam venditionẽ. Iusiurandũ nullius omnino momenti erit, quia non fuit liberum nec habuit consensum & voluntatẽ iurantis. Ipsa tamen venditio tenebit ipso iure, quia contractus talis est, qui vt valeat, iurisiurandi vinculũ non requirit. Igitur restitutio in integrum erit necessaria, idémq; de similibus cæteris tractari potest, An in pactione iurata de non succedendo nihil est quod pactionẽ tueatur præter iusiurandum. Solue vinculũ iurisiurandi, at, vt melius dicá, habe iusiurandũ pro nõ interposito, quia per vim dolúmve extortũ fuit. Nihil est quod facere possit necessariam aut vtilẽ restitutionẽ aduersus contractũ nullũ & improbatũ. Dices posse fieri vt iusiurandũ sit obligatorium summo iure, & tamen ex æquitate veniá & absolutionẽ mereatur: idq; contingere si vi aut dolo extortũ sit. Sed ne quæstionẽ illam nũc attingamus de qua alibi tractandũ erit, An obligatio aliqua nascatur ex iureiurando per vim aut per dolum expresso vt absolutio necessaria sit, nécne, dico apertissima esse verba pontificiæ cõstitutionis, nolentis huiusmodi iureiurando cõfirmari pactiones istas de nõ succedendo: proinde ad hoc vt ius antiquũ retineatur, sufficere si vel dolus vel metus probetur, saltémque ad euitandá exceptionem periurij satis esse si absolutio petatur: nec præterea requiri posse vt ad cõtractũ rescindendũ restitutio postuletur. Nam & idem euenit si minor prædium suum vendiderit sine decreto, & dolo aut vi coactus iurauerit eam se venditionem ratã habiturum, quia cõstitutio Federici Imperatoris in *Auth. sacramenta puberum. C. si aduers. vend.* ea nominatim sacramenta excipit quæ per vim vel dolum præstita probabuntur. Nõ enim fieri potest, vt cõtractus alioqui nullus cõfirmetur iureiurando, nisi iuxta eas cõditiones & formas quas ea ipsa lex præscribit, quæ prima induxit vt iurisiurãdi ea sit vis & potestas. Quò etiam pertinet quæstio illa ab vtriusque iuris interpretibus tractata, An ex Diui Bonifacij cõstitutione pactiones huiusmodi de nõ succedendo confirmentur per iusiurandũ, an verò iurisiurandi vis tota in eo eluceat vt aduersus iurantẽ inducat periurij exceptionẽ: nimirum quia priore casu si qua sit causa rescindendæ pactionis necessaria est restitutio: quæ posteriore non esset necessaria, sufficiente absolutionis impetratione. Nec verò desunt qui negent post Bartolum ad *l. qui superstitis 94 num. 4. de acq. hered.* tenere huiusmodi renuntiationes nisi metu periurij. Etsi autem receptior est, quamuis fortasse non verior meo iudicio contraria sententia, tamen non est qui possit negare, si volet ingenuè agere, quin *Bartoli* sententia eo saltem casu admitti debeat, quo dolus aut metus iusiurandũ expresserit, vt sufficiat impetrari tunc absolutionem sine restitutione. Alio tamen iure passim vtimur, & restitutionem, etiam ex rescripto Principis necessariam putamus, locupletãdæ vt puto Cancellariæ potiùs quàm iuris tuendi gratia, licèt hoc colore planè inepto, vt quod de facto processit, inquiunt pragmatici, de facto etiam rescindatur.

ERROR

Digitized by Google

ERROR OCTAVVS.

De filia, quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni, & laſa per decennium tacuit.

ILLA etiam quorundam interpretum & pragmaticorum ſententia nobis refelleda eſt, qui in integrum reſtitutionem denegãt filiæ, quæ in minori ætate, accepta perexigua aut nulla dote, pacta eſt cũ patre locuplete de non ſuccedendo, in eámque rem interpoſuit iuſiurandum, ſi à tempore cõpleti anni viceſimiquinti tacuerit illa per decennium, nec aduerſus renuntiationẽ impetrauerit reſtitutionẽ. Sic enim *Socino* viſum eſt *conſ.67. nu. 43.lib.2.* & aliis nonnullis quos refert & ſequitur *Anton. Sola in comment. ad edictum. De alienat. bonor. minor. gloſſ.2. nu.12.* Mouẽtur ex *l. vlt. c ſi maior fact. alienã fact. ſine decret. rat. habuer.* vbi extat Iuſtiniani conſtitutio qua cauetur vt donatio rerum minoris contra ſenatuſconſultum facta ſolo decennij inter præſentes, aut vicennij inter abſentes ſilentio confirmetur. Cęteræ verò alienationes ſilentio quinquennij, ita tamen vt à die completæ maioris ætatis ſilentij tempora computentur. Putant enim iſti ſatis ſe fauere filiæ, ſi iuratam renuntiationẽ factã aut nullo aut modico accepto æquiparẽt donationi, potiùs quàm venditioni, vt habeat illa tantò longius tẽpus ad conquerendum, petendamq; reſtitutionem. In quo vidẽtur mihi à principijs iuris valdè diſſidere. Primùm quia non poteſt ea renuntiatio quæ aliquo vel minimo accepto facta eſt donationis iure cenſeri, licèt viliore pretio facta ſit donationis cauſſa ſi modò cõtractus talis ſit qui in ea forma valere poſſit, quomodo hũc valere interpretes & pragmatici volunt propter accedens vinculum iuriſiurandi. Eſtque aperta in hanc rem Vlpiani ſententia in *l. ſi quis donationis 38. ff. de contr. empt.* Sed etſi iure donationis ea cõuentio cenſeretur, non tamẽ poſſet pertinere ad Iuſtiniani conſtitutionem, quia non de aliis donationibus minorum ſilentio corroborandis ſenſit Iuſtinianus quàm de iis quæ ob eam duntaxat cauſſam nullæ eſſent, quòd à minore cõtra Seueri orationem factæ fuiſſent. Hæc verò nulla eſt duplici alia de cauſſa, quarũ vna iure nititur cõmuni, altera ſpeciali. Iuris communis ratio illa eſt, quòd donatio huiuſmodi ſit per viã illicitam pactionis de non ſuccedẽdo quæ inter quaſcumq; perſonas prohibita eſt, nec minùs pontificio quàm ciuili iure, ſi priuilegium iuriſiurandi tollas. Nã ſi dicas de ea renuntiatione & donatione nos tractare quæ facta ſit adhibito iureiurando, ac proinde quæ valeat ex pontificia conſtitutione, Replicabo tantò minùs locum fore legi Iuſtinianeæ que cùm de confirmandis donationibus ſit ad eas ſolas ſpectat, quæ ab initio non valuerunt: Sin ex eo moueri velis, quòd hæc donatio licèt valuerit à principio propter iuſiurandũ, in eo tamen fuit vt petita abſolutione reſcindi poſſet per in integrũ reſtitutionẽ, ob immodicã læſionẽ. Parata quoq; contradictio eſt, reſtitutionẽ in integrũ ex cauſſa immodicę læſionis poſt inductum beneficium, *l.2. C. de reſcind. vend.* non finiri longo tempore, id eſt decennio inter præſentes aut vicẽnio inter abſentes, ſed in trigeſimum vſque annum extẽdi, quia condictio ex lege magis quàm in integrũ reſtitutio dicenda eſt, vt probauimus in ſuperioribus. Quod in propoſito eo magis obtinet, quòd reſtitutio quæ filiæ datur

lię datur ad reſcindendam iuratam renuntiationem, in eum finem dirigitur vt reſciſſa renuntiatione poſſit filia petere legitimã aut legitimæ ſupplementum: quam in rem comparata actio, licèt ſubſtituta in locum querelę inofficioſi teſtamenti, proculdubio perpetua, id eſt tricennalis eſt, quia & cõdictio eſt *ex l. omnimodo* 30 *C. de inoff. teſt.* Nõ igitur videri poteſt Iuſtinianus de hoc donationum genere ſenſiſſe quarum nec vſus, nec ſenſus vllus fuit toto iure ciuili, & ad Bonifacij vſque cõſtitutionẽ. Sed & ius aliud ſpeciale eſt propter quod fieri nequit vt ex ſupradicta Iuſtiniani lege ſolo ſilentio confirmetur huiuſmodi donatio. Nimirum quia inter patrem & filiam quæ in poteſtate eſt donatio ſubſiſtere non poteſt, nec magis ſi à filia patri quam ſi à patre facta ſit filiæ. Nam ſi donationes quas parentes conferunt in liberos quos habent in poteſtate non alio ſilentio confirmantur quàm quod in mortis vſque tempus duret, *l. donationes quas parẽtes* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* quis admittat donationes à liberis collatas in parentes decẽnij aut vicẽnij ſilẽtio cõfirmari? Multò namque maior ratio eſt vt innoxium & inculpatũ ſit liberorũ ſilentiũ, qui etiamſi agere maximè velint contra patrem, tamen non poſſunt, idipſum prohibente iure poteſtatis, & alia eiuſdẽ Iuſtiniani cõſtitutione in *l. vlt. C. qui & aduerſ. quos in integr. reſtit. non poſſ.* Nam etiãſi non contra patrẽ ipſum, ſed contra tertiũ qui cum patre cõtraxiſſet, filiam agere oporteret, nõ tamen agendi tẽpora ei prius currere inciperent quàm liberata eſſet à patria poteſtate ſiue emãcipatione, ſiue patris morte, *l. 1. §. vlt. Cod. de annal. except.* *Auth. niſi tricẽnale. C. de bon. matern.* Illa quoque ratio facit pro filia ne decẽnij aut vicennij ſilentio excludatur à iure reſcindendæ per reſtitutionem renuntiationis, quòd, vt probauimus in ſuperioribus, neque de legitima quæri poteſt, quandiu pater viuit, neq; ſciri poteſt an læſio vlla interuenerit priuſquàm exploratum ſit quid & quantum pater moriens in facultatibus reliquerit. Ergo mortis tẽpus expectãdũ eſt, non ſolùm vt filia poſſit exercere iudicium reſtitutionis, ſed etiam vt actionem habere incipiat, quæ eo demum inſtanti nata in trigeſimum vſque annum exinde computandum extendetur. Poteſt tamen eſſe maior dubitatio, ſi filia quæ renuntiauit cum iureiurando, non in hoc agere velit vt legitimam aut legitimæ petitionem ſaluam habeat ſed in id tantùm vt congruè dotetur. Iam n. ſæpiùs monuimus filiamfamilias præſertim nuptam viuo etiam patre ius habere congruę dotis petendę, ſi fortè aut nullam aut euidenter incongruam dotem à patre acceperit, non quidẽ propoſita in eam rem ciuili actione, quam ſanè ius poteſtatis nõ admittit, ſed officio iudicis implorato vt *in l. Imperator* 50. D. *ad SC. Trebel.* Verùm enimverò ſuperiores rationes faciunt, vt neque ad hunc caſum putem pertinere Iuſtiniani conſtitutionem: Nam etſi in poteſtate & iure filię eſt petere vt à patre congruè dotetur, nihil tamen eſt quod ei imputetur, ſi propter paternã verecundiam ſibi imperauerit ne peteret nec quiſquam iudex propitijs auribus audiat patrem patiſve heredem ſiue ſuum ſiue extraneum, ſi imputare filiæ velit, cur non præcipitauerint patrem ad congruam dotem præſtandam arg. *l. ſi extraneus* 33. *D. de iur. dot.* Proinde nõ eo minùs ſaluam actionem habebit filia mortuo quandocunque patre ad petendum legitimę ſupplementum intra proximos triginta annos à mortis die numerandos, non ſecus acſi dotis congruæ petendę nullum ius vnquam habuiſſet: ne ob id minùs iuris nunc habeat, quòd anteà plus & iuris & modeſtię habuerit.

ERROR

ERROR NONVS.

De renuntiatione iurata fauore maſculorum, aut certæ alterius perſonæ facta.

CVM renunciatio per filiam facta eſt, non ſimpliciter, ſed in fauorem tacitum vel expreſſum alterius fratris aut ſororis, ſi poſteà deceſſerint viuo patre illi, in quorum gratiâ filia renunciauerat, conſtat euaneſcere renunciationem, vt ex cõmunis interpretũ ſententia tradit *Didac. couar. in 3. part. relect. cap. quãuis de pact. in 6. §. 3. num. 4.* Ob præſumpta ſcilicẽ contrahentiũ voluntatẽ, quoniã ceſſante renũciationis cauſſa finis, eius quoque effectũ ceſſare æquũ eſt. Adeò vt nec impunè poſſit pater aut mater hoc caſu filiã quæ renunciauit præterire, quomodo poſſet, inquiũt illi (nos enim ea ſuprà negauimus) ſi ſubſiſteret renunciatio. Iuſiurandũ enim perpetua conditionẽ hanc habet ſi res in eodẽ ſtatu permaneãt, *cap. quemadmodũ. Extr. De iureiur.* Idẽque admittẽdũ eſt ſi ſimpliciter facta ſit patri renunciatio quo tẽpore alios liberos habebat aut habere ſperabat, & is poſteà ſine liberis deceſſerit. Credẽdus enim eſt pater ſpe & cogitatione futurorũ liberorũ mutaſſe filiã ad renũciationẽ, nec paternę adfectionis ratio patitur, vt filia à propria ſucceſſione vſque adeò excludere voluerit, vti ab inteſtato agnatus aut cognatus aliquis ei præferretur. arg. *l. cum acutiſſimi* 30. c. *de fideic. l. cũ auus* 102. *D. de cõd. & demõſtr. l. ex facto* 17. §. *vlt. D. ad SC. Trebell.* In dubio autẽ pragmatici noſtri putant cenſeri factã renunciationem in fauorem maſculorum, ſi qui iam exiſtant tempore renunciationis. Quod tamen nulla ratione mihi ſit probabile, nec ſi inter nobiles agatur, quos conſtat ſolere maiorẽm curam gerere bonorum in familia conſeruandorum. Sunt enim ex iis etiam permulti, qui filias ſuas non minùs quàm maſculos diligunt, eáſque ſibi ab inteſtato ex æquis partibus heredes optant, niſi ſi maiorum teſtamentis & ſubſtitutionibus in maſculorum fauorem factis prohibeantur, quo tamen caſu tantò magis ſuccurrendũ eſt filiabus, quãtò minorẽ ex paternis bonis portionẽm etiã ab inteſtato ſperare poſſunt. Illa ſanè nõ improbabilis eſt coniectura voluntatis quòd pater ſolis maſculis renunciationem filiæ prodeſſe voluerit, ſi alias filias quæ iam ipſo renunciationis tempore in rerum natura erant, poſteà idem pater ad ſimilem renunciationẽ faciendam induxerit. Quod & Didacus fatetur ſupradicto loco. Cuius ſententiæ effectus ille erit, vt ſi poſteà viuo patre defuncti ſint maſculi, ſuccedat nihilominus filia quæ prior renunciauit, acſi non renunciaſſet, an verò ſola, an cum aliis ſororibus quę poſteà renũciarunt. Nã cùm ea perinde habeatur ac ſi nũquã renunciaſſet, ratio facere videretur vt ei prodeſſe deberent poſteriores ſororũ renũciationes, quæ prodeſſent vtique ſi renũciatio nulla præceſſiſſet, tametſi ſorores legalẽ, vt vocant, eſcheutã ſibi excepiſſent: quoniam eius exceptionis nulla vis & vtilitas eſt, quandiu alia eiuſdẽ gradus perſona ſupereſt, quæ ſuccedere ab inteſtato poſſit. Sed tamen cùm poſteriores quoque renunciationes prioris exemplo non niſi in fauorem maſculorum expreſſas eſſe certũ ſit, eadem omniũ ratio haberi debet, vt quaſi nullis omnino factis renunciationibus æqualiter à ſororibus omnibus ſuccedatur. Superiori coniecturæ illa etiam ſimilis videri poteſt ſi qua alia ratione extra dotales tabulas aut

verbis aut ſcriptis pater voluntatem ſuam declarauerit in fauorem maſculorum, puta ſi teſtamento maſculos heredes ſcripſerit, tametſi antea renuntiãte filia ſibi hereditáſque ſuis in genere ſtipulatus fuiſſet. Quodcunque enim voluntatis indicium videtur ſufficere vt prædefunctis maſculis filia quæ renuntiauit, ad paternam inteſtati ſucceſſionem cum ſororibus etia quæ non renuntiarunt reuocetur. Nec aliud erit, quamuis teſtamentum illud ſollennitatis alicuius defectu nullum & perperam factum eſſe proponatur. Declaratur enim voluntas etiam ex eo teſtamento quod alioqui nullum eſt *l. vlt. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Non item ſi teſtamentum illud alio poſteriore teſtamento quacunque de cauſſa fuerit reuocatum. Nam ex teſtamento reuocato nulla prorſus voluntatis coniectura capi poteſt, credendúſque eſt paterfamilias ab omni voluntate receſſiſſe, quam priore teſtamento poſtea reuocato expreſſiſſet. Extra hanc cauſſam excluditur filia quæ renuntiauit per ſorores quæ non renunciarunt, ita vt quandiu ex ipſis aliqua ſupereſt, nullus renuntianti pateat reditus ad paternam hereditatem. Idémque obſeruamus, etiamſi cæteræ omnes ſuperſtitibus liberis ſiue maſculis ſiue fœminis deceſſerint. Extare enim aliquem ex deſcendentibus ſufficit, vt ea quæ renuntiauit excludatur. Multò magis autem admittendum eſt, ſi renuntiationis tempore nulli extabant maſculi, quamuis ſperari poſſent, filiæ verò iam extabãt, videri eatum fauore factam renuntiationem, non vt iis prædefunctis filia quæ renuntiauit ſuccedere poſſit cum maſculis poſteà natis (quis enim credat maſculis naſcituris proſpicere nóluiſſe patrem, qui filiabus iam natis proſpexerit?) ſed vt renuntianti ſorori ab inteſtato præferantur, patrique ſuccedant vel cum maſculis ſi aliqui ſint, vel ſolæ ſi nulli. Idémque ſine dubio obtinet ſi à filia renuntiante pater ſtipulatus fuit pro ſe ſuiſque heredibus. Heredum enim appellatione cùm omnes & cuiuſcunque gradus, deſcendentes comprehendiſſe videatur, longè magis proprias filias comprehendiſſe credendus eſt, non tamen extraneos heredes, imò nec agnatos proximos aut cognatos, quia licèt in contractibus *ſuorum* appellatione, heredum *heredum* extranei quoque heredes intelligantur, attamen in propoſito cùm renuntiatio quæ fit per contractum ſpectet ad cauſſam futuræ ſucceſſionis, eam recipere debet interpretationem, quæ facienda eſſet in ſcriptura, ad vltimam voluntatem pertinente, in quo genere tam *ſuorum* quàm *heredum* appellatione non niſi deſcendentes contineri placet, *d. l. ex facto* 17. §. *vlt. D. ad S. C. Trebell.* Hic tamen notandus nobis, & refellendus eſt error maximus & præcipui in hac quæſtione momenti, quam non modò pragmatici, ſed ipſi quoque interpretes inuexerunt. Diſtinguunt enim an renuntiatio ſimpliciter facta ſit, id eſt nulla adiecta cauſſa, licèt non ſine cauſſa, an verò ex ea cauſſa ſpecialiter expreſſa, quòd filia quæ renuntiauit, dotem aut legitimam portionem acceperit. Quaſi hoc poſteriore caſu filiam perpetuò excluſam manere oporteat, tametſi deceſſerint, quorum fauore facta fuit renuntiatio, propterea quòd, inquiunt, penes illam & illius heredes perpetuò dos remaneat, quæ fuit ab initio cauſſa excluſionis. Sic enim *Romanus corneus* & *Socinus* quos *Didacus* ſuprad. cto loco refert, ſequitúrque non inuitus eo caſu, inquit, quo dotis portio ſit congrua: quod ipſum tamen vix aliter fieri poſſe ait, quàm ſi eo tempore pater alios liberos non habebat. Me verò in contrariam ſententiam illud mouet, quòd etſi

etsi sola dotis percepto renuntiationis caussa fuit ex parte filiæ renuntiantis, non aliter renuntiaturæ, verisimile tamen est inductum patrem vt congruæ portionis mentione adijceret, potiùs vt prodesset cæteris liberis, quos iam tùm haberet, aut aliquando habere speraret, quàm vt filiæ in propria hereditate agnatos aut cognatos anteponeret. Ex coniectura illa pietatis, de qua in *d. l. cùm acutissimi. & l. cùm auus.* Itaque nec illud inquirendum arbitror an dos congrua sit nécne, quomodo distinguit Didacus, sed an renuntiationis tẽpore alios pater haberet liberos, aut in eo esset vt habere posset, an nullos. Hac.n. sola posteriore specie credi possit patrem licèt inhumanum (si alia filiæ excludendæ ratio nulla subsit puta ingratitudinis aut conseruandorum in familia bonorum) agnatos cognatósve proximos filiæ prætulisse. Siquidem eum casum tractamus quo filia quæ renuntiauit, legalem, vt aiunt, escheutam sibi non exceperit, cùm si excepisset, nullus ea superstite agnatis locus haud dubiè relinqueretur. Obseruandũ autem est quod de liberis prædefunctis diximus in quorum fauorem facta fuerat renuntiatio, pro dicto habendum esse etiamsi non decesserint, si modò succedere vel noluerint, vel non potuerint, fortassis exheredati. Habentur enim pro mortuis ij qui non succedunt, quacunque tandem ex caussa successio impediatur.

ERROR DECIMVS.

Si soror cum fratre pactum fecerit de non succedendo patri præsenti, & consentienti, postéaque pater voluntatem mutauerit.

QVOTIES renuntiatio facta est patri aut matri in fauorẽ aliorum siue liberorum siue agnatorum, constat ferè inter omnes posse patrem qui stipulatus sit, aut matrem, ijs quoque inuitis, quorũ fauore facta fuit renũtiatio, ius sibi & illis quæsitum remittere. Sic.n. *Didacus Couar.* qui hac in re instar omnium esse potest, ex aliorum communi sententia scribit *in initio tertiæ partis relect. cap. quamuis de pact. in 6. num. 9.* Idque suadet successionis fauor, & renũtiationis odium quæ solo iurisiurandi vinculo sustinetur: Itémque recepta illa & vulgaris *Bartoli* traditio ad *l. qui Romæ 122. §. Flauius. de verb. oblig.* quæ habet posse quemlibet inuito tertio reuocare conuentionem à se factam in illius tertij commodum, & vtilitatem. Quod tamen an generaliter & perpetuò verum sit, tractabimus alio loco. Accedit Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de pact.* quæ non patitur vt pactum de futura tertij successione aliter valeat quàm si tertius ille consentiat, & in ea voluntate quam consensus expressit, ad supremũ vsque vitæ exitum perseueret. Nam si ea voluntatis perseuerantia tùm etiam requiritur cùm inter alios pactum factum est, quanto magis erit necessaria vt is excludatur qui pactum fecit cum eo ipso de cuius successione agitur? Facilius.n. est vt eius factum noceat cuius & profuit, quàm eius qui alieno facto consensum duntaxat suum accommodauit. Idem tamen Didacus dubitat, si cum fratre pacta sit soror de non succedendo patri, præsenti scilicet & consentienti, idque iureiurando confirmauerit, An patri licere debeat vt mutet voluntatem, filiámque capacem efficiat legitimæ ab intesta to successionis: in eámque sententiam procliuior est vt putet eam vim iu-

Digitized by Google

riſiurandi huius eſſe debere, vt pactum ſit irreuocabile. Ne, inquit, alioqui nullius momenti & effectus ſit iuſiurandum, quandoquidem & ſine iureiurando tale pactum valeret ex *d.l.vlt.Cod.de pact.* Quod & plerique pragmatici ſequuntur, pro ea qua vir ſanè doctiſſimus & ſcriptor diligentiſſimus apud eos pollet autoritate. At nos in contrarium iam diximus, & probauimus in ſuperioribus, pacta huiuſmodi de non ſuccedendo tertio non valere iure ciuili, nec ſi tertij conſenſus accedat, neque ad hunc caſum pertinere Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l.vlt.C.de pact.* ſed merum ius pontificiū eſſe vt accedente iureiurando confirmetur, propter vinculum & autoritatem iuriſiurandi. Proinde non poteſt videri ſine effectu eſſe iuſiurandum quod facit vt valeat renuntiatio, quæ alioqui non valeret. Ideóque nec neceſſe eſt vt plus ei virium tribuamus quàm par ſit ob hoc ſolùm ne inutiliter adiectum videatur. Sed & multò tolerabilius eſſet admittere nihil operari iuſiurandū, quàm illud inducere vt conuentio de hereditate tertij conſentientis facta eo poſtea inuito defenderetur. Nam ex quo tempore deficit conſenſus tertij, incipit conuentio eſſe iniqua, & contra bonos mores, propter improbā ſpem & ſollicitudinem, quæ pactioni ineſt, hereditatis alienæ. Itaque ad validitatē huiuſmodi conuentionum requirit Iuſtinianus in *d.l.vlt.* perſeuerantiam voluntatis tertij. Nec reuocationem voluntatis impedire poteſt iuſiurandum quod ab alijs quàm ab ipſo reuocante adhibitum eſt, quódque ſi ab ipſo tertio de cuius hereditate actum eſt, adhibitum fuiſſet, nō eo magis liberam ipſi facultatem teſtandi ademiſſet. Iuſiurandum enim omne vt ſit obligatorium, tres comites habere neceſſariò debet, veritatem, iudicium, & iuſtitiam, quæ omnia ſi non concurrant, nullius momenti iuſiurandum eſſe poteſt. *Can. animaduertendum 22.quæſt.2.* Ne repetam quod iam ſæpiùs monui, iuſiurandum quodlibet eam ſemper tacitam habere conditionē ſi res in eodem ſtatu permaneāt. Rurſumque ex natura actus cui adijcitur, recipere interpretationē *l.vlt.C.de non numer. pecun.* vt ſi actus ipſe ſit reuocabilis, ſit etiam reuocabile iuſiurandum. Ex quo manauit etiam communis illa & veriſſima omnium fere interpretum opinio De teſtamento iurato, vt ſcilicet nihil obſtante iureiurando reuocari poſſit quandocunque volente teſtatore. Sic enim *Bart. in l. ſi quis.in princip. col.fin.de leg.3. Bald.in l.1.col.fin.C.de ſacroſ.eccleſ.* tametſi ad pias, ſi voles, cauſſas, & in earum gratiam teſtamētum factum proponatur, vt idem *Bald.* reſpondit *conſ.21.vol.1.* Etſi non deſunt qui putent teſtatorem hoc caſu fieri periurum, quos *Didacus* ſequitur *in 2.part.rubr.de teſt.num.15.ad fin.* nec ſatis rectè meo iudicio, vt alibi tractabimus. Inde ergo illud etiam inferri poteſt, nec fratres qui conuentionem hanc iurauerint, ex ea teneri ſi pater conſenſum reuocauerit, quoniam à tempore conſenſus reuocati iuſiurandū contra bonos mores præſtitum eſſe intelligitur. Denique nulla ratio eſt propter quam ex pacto inter alios inito, quantumuis ei pater conſenſerit, auferatur patri libera teſtandi facultas, quod vtique eueniret ſi filiam cui renuntianti conſenſit, ad ſucceſſionem ſuam ex teſtamento reuocare nō poſſet. Tritum namque eſt huiuſmodi omnes renunciationes ad legitimę duntaxat, nō etiam teſtamentariæ ſucceſſionis cauſſam pertinere. Fueritque non modò ab ſurdum, ſed etiam periniquum durius agi cum patre qui liberis inter ſe paciſcentibus conſenſerit, nec iurauerit, quàm ſi ipſe pactus fuiſſet & iuraſſet,

ANTO-

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS, DECAS DESCIMA QVARTA.

ERROR PRIMVS.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit se filium aut filiam ex aqua parte heredem habiturum.

PACTVM quod dotali instrumento comprehensum est, vt si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat, cũ fratre heres sui patris esset, neque vllam obligationem cõtrahere, neque libertatem faciendi testamenti potuit mulieris patri auferre, inquiunt Imperatores in *l. pactum quod dotali 5. C. de pact.* Subiiciunt pragmatici exceptionem, nisi tale pactum iuratũ proponatur. Non enim dubitant quin iureiurando confirmetur, idque iuris apertissimi esse scripsit *Didac. Couarr. initio tertiæ partis relect. cap. quãuis de pact. in 6. nu. 2.* Ego contrà, tam falsum hoc esse contendo, quàm quod falsissimũ, cùm ad pacta huiusmodi quæ sunt de succedendo, tollúntq; liberã testandi facultatẽ, põtificia constitutio non pertineat, vt diximus & probauimus Dec. 12. quam interpretum quoque communem esse sententiam testatur *Osasc. Cacher. Decis. Pedemont. 100. nu. 33.* Nec negat Didacus contrariam opinionẽ, quæ Baldi primùm fuit, magis communiter probatam esse. Planè nõ ignoro Imperatoris Leonis constitutione 19. cui titulus est *De pact. patern. ex æquo hered. futur.* filium iuri antiquo hac parte derogatum esse, & abrogatã legem *Pactum*, quam retulimus, non propter iusiurandum, cuius nulla prorsus apud Leonem fit mentio, sed propter fauorem duntaxat conuentionis, qua pater promittit in nuptialibus instrumentis ex æquo futurum sibi heredem filium quem matrimonio collocat. Est. n. conuentio hæc naturali rationi & legibus, quæ de intestati successione factæ sunt, omnino consentanea, videtúrq; fieri ad successionem conseruandam, quod est maximè fauorabile, vt Bart. tractat in *l. vlt. C. de pact. ex §. vlt. Inst. de legit. agnat. succes. & l. vlt. C. de emancip. lib.* Et ob hanc causam, vt ait ipsa Labeonis cõstitutio, ab omni ferè tempore, licèt refragrantibus legibus vsu receptissimæ sunt hæ conuentiones. Cæterùm vel ex eo magis apparet inanes & irritas esse debere si inæqualẽ paternæ hereditatis inter liberos distributionẽ cõtineãt, quãuis iuramentũ interuenerit, cessante sc. hoc casu, vinculo illo æquitatis, quo solo sustinentur contra iuris ciuilis rationem, quæ procul dubio non patitur, vt successiones pactis vel stipulationibus obstringãtur, *l. 4. C. de inutil. stipulat.* Cùm enim nõ licuerit homini testari sine lege, nec de suis quidem bonis, quoniam testando confert

effectum suæ voluntatis, rerúmque suarum alienationem in id tempus quo non erit amplius dominus, *l. Stichus* 39. *D. de manum. testam.* lex autem in ea testandi facultate concedenda vsurpauerit verbum *legandi*, quod ad causſam contractuum nullomodo pertinet, *l. verbis legis* 120. *de verb. signific.* prorsus consequens est quod ait *l. hereditas* 5. *C. de pact. conuent. tam. sup. dot.* vt hereditas non nisi testamento dari possit, quia nec hereditas vlla est nisi quam lex ipsa constituit quæ & hereditatem & heredem facit, lex verò hereditatem nullam constituit nisi vel ex testamento, vel ab intestato, non etiam ex contractu. Quam in rem videnda sunt quæ scripsimus *lib.* 14. *Coniectur cap. vlt.* Nam quod in *d. l. hereditas* de extraneis disertè scriptum est hereditatem *iis* non nisi testamento dari, non eò pertinet quasi liberis aut agnatis dari possit, vel admi pacto hereditas, vt ineptè sentit *Cuill. Bened. in repet. cap. Raynutius. in verb. duas habens filias. n.* 200. quem miror in eo probatum à *Tessauro decis. Pedem.* 48. *num.* 10. *in fin.* sed quia illis datur hereditas à lege etiamsi nullum testamentum factum sit, *l.* 1. *de her. petit.* extraneis autem non nisi testamento. Adeò autem verum est nec ciuili nec pontificio iure valere pactiones istas de succedendo quantumlibet iuratas, vt neque aliud dicendum sit etiãsi pactum sit reciprocum inter alios, quàm commilitones. Militum enim hac in re, vt & in aliis plerisque iuris partibus singulare ius est, & quidem ita demũ si in ipso procinctu pactio talis facta sit, *l. licet* 19. *C. de pact.* & ita si sint de publico conducti, vt loquitur *Cacher. supradicta decis.* 100. Quamuis nõ desint qui ad paganos quoque legem illam communi gẽtium vsu tractam esse defendant, præsertim si inter nobiles agatur, aut inter agnatos & cognatos proximos, vt inter eos successionum iura conseruentur. Et certè negari non potest quin hac parte magna sit vis & potestas consuetudinis, & longè maior quàm pacti. Nam & receptum videmus longo vsu, quem tamen ex pragmaticorum errore fluxisse credibile est, vt pactiones illæ de futura successione, de quibus tractamus, passim defendantur si pater in dotalibus tabulis promiserit instituturum se filium aut filiam ex certa portione, tametsi longè maiore, quàm par sit ad inducendam inter omnes liberos æqualitatem, idque non tam, vt puto, propter vinculum iurisiurandi, licèt vix sit vt sine iureiurando pactiones huiusmodi fiant, quàm fauore & contemplatione matrimonij, ne decipiatur is ex coniugibus qui placiti fidem secutus, matrimonium contraxit, non aliter contracturus. Etsi leuior sanè est ratio hæc æquitatis, quàm vt certi iuris autoritatem labefactare debuerit. Est enim quod imputari possit ei qui sub eo pacto accessit ad matrimonium, cur non egerit potiùs vt ex eo contracti matrimonij tempore donatum esset inter viuos saltem vsufructu totum id quantum est quod testamento datutum se pater promiserit. Idem enim esset, nisi quòd certior effectus liberalitatis, nec legibus vis vlla fieri diceretur. Itaque non video qua ratione aut quonam colore defendi possint hæ pactiones de succedendo, licèt iuratæ sint, præterquàm vno illo casu, qui Leonis constitutione continetur, id est, si pacto actum sit de liberis omnibus, ex æquis portionibus, siue ex testamento, siue ab intestato heredibus habendis. Nam & ex ijs ipsis qui putant valere has pactiones de futura successione si iusiurandum accesserit, sic tamen multi sentiunt, vt nihilominus sint reuocabiles ad nutum, & voluntatem promittentis, si credimus *Antonino Tessauro decis. Pedemont.* 225. Maximè, inquiunt, si quinque testes adhibiti proponantur: Quasi ex ea sollennitate, iuncta cõditione & qualitate negotij

negotij quo de agitur, id eſt futuræ ſucceſſionis videatur id actum inter cõtrahentes vt ea conuentio valeret iure ſupremæ voluntatis, potiùs quàm ex contractu inter viuos, niſi de bonis actum ſit, non de hereditate, vt tractat *crauet. conſ.* 139. *num.* 10. *poſt Decium cõſ.* 184. Quanquam non facilè poſſum ego cõcoquere vt conuẽtio facta inter viuos, & in dotalibus tabulis valeat, nec eo minùs reuocari poſſit ab eo ipſo qui vtiliter obligatus ſemel fuit. Illis ego potiùs accederem, qui negant vllere conſuetudinem illam ex qua diximus pactiones iſtas vſu receptas eſſe & approbatas, quam eſſe cõmuniorem interpretum ſententiam affirmat *cacher. dict. deciſ.* 100. *nũ.* 32. 33. & 34. Conſuetudinis enim vſúſque longæui, licèt non vtilis ſit autoritas, non tamen vſque adeò ſui valere debet momento, vt aut rationem vincat, aut legem, *l. c. quæ ſit long. conſuet.* cui cõſtitutioni ſi hoc caſu locus non ſit, planè non video quonam alio eſſe vnquam poſſit.

ERROR SECVNDVS.

Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia, patre ſtipulante.

SOLENT filiæ cùm à patribus matrimonio collocantur, dotéſque accipiunt, renuntiare futuris ſucceſſionibus nõ modò patris, ſed etiam matris, fratrúmque & ſororum, nullo vt plurimùm in eam rem adhibito ſtipulatore, præter notarium, & patrem à quo dos promittitur, vel numeratur. Tantáque huiuſmodi renuntiationum, ſi iuratæ ſint, vis & poteſtas eſſe creditur, vt per eas excludatur filia ab omnibus ſucceſſionibus quibus renuntiauit, etiamſi neque matris, neque fratrum qui renuntiationis tempore abſentes fuerũt ratihabitio vlla ſecuta eſſe proponatur. Id verò, non tam propter interpoſitum iuſiurandum, quàm propter perſonã patris, de quo ſolet lex præſumere quod bonum commodúmque pro filia conſilium acceperit. Nam ſi talis renuntiatio facta eſſet matre aut aliquo ex fratribus pro ſe & abſentibus omnibus ſtipulante, licèt accedente iureiurando, placeret nullius fore momenti renuntiationem quod ad abſentes, præſertim qui ſtipulationem illam ratam nullo tẽpore habuiſſent: ſic nimirum cogente iuris ratione, quæ non patitur vt de tertij abſentis & ignorantis ſucceſſione inter alios tranſigatur: nec ſolùm ſi tranſigentes de proprio ſuo commodo cogitent, ſed etiam ſi in aliorũ vtilitatem, & eorum maximè de quorũ ſucceſſione agitur, ſtipulentur. Quoniã alioqui facilè fieret vt iis ipſis obeſſet renũtiatio in quorum gratiam facta eſſet. Quid enim ſi ignorantes illi renuntiationem paſſi ſint ſe decedere inteſtatos vt ad ſucceſſionis ſuæ partẽ tacito iudicio vocarent eam ipſam perſonã quæ renuntiauit? fortaſſe teſtaturi in eius cõmodũ ſi ab inteſtati ſucceſſione excluſam eam eſſe ſciuiſſent. Annon iniuria hoc caſu fieret fratri ipſi cuius abſentis & ignorãtis ſucceſſioni ſoror renuntiaſſet, atque ſorori ipſi quæ renuntiauit? Et ſanè ratio hæc tam euidens eſt & efficax, vt putem non minùs autoritatis habere eam debere cùm patri facta renuntiatio eſt, quàm cùm matri aut fratri. Id. n. omnibus caſibus periculum & incõmodum emergit excludendæ à legitima alterius ſucceſſione eius perſonæ, quam defunctus heredẽ

effectum suæ voluntatis, rerúmque suarum alienationem in id tempus quo non erit amplius dominus, *l. Stichus* 39. *D. de manum. testam.* lex autem in ea testandi facultate concedenda vsurpauerit verbum *legandi*, quod ad causam contractuum nullomodo pertinet, *l. verbis legis* 120. *de verb. signific.* prorsus consequens est quod ait *l. hereditas* 5. *C. de pact. conuent. tam. sup. dot.* vt hereditas non nisi testamento dari possit, quia nec hereditas vlla est nisi quam lex ipsa constituit quæ & hereditatem & heredem facit, lex verò hereditatem nullam constituit nisi vel ex testamento, vel ab intestato, non etiam ex contractu. Quam in rem videnda sunt quæ scripsimus *lib.* 14. *Coniectur. cap. vlt.* Nam quod in *d. l. hereditas* de extraneis disertè scriptum est hereditatem iis non nisi testamento dari, non eò pertinet quasi liberis aut agnatis dari possit, vel adimi pacto hereditas, vt ineptè sentit *Cuill. Bened. in repet. cap. Raynutius. in verb. duas habens filias. n.* 200. quem miror in eo probatum à *Tessauro decis. Pedem.* 48. *num.* 10. *in fin.* sed quia istis datur hereditas à lege etiamsi nullum testamentum factum sit, *l.* 1. *de her. petit.* extraneis autem non nisi testamento. Adeò autem verum est nec ciuili nec pontificio iure valere pactiones istas de succedendo quantumlibet iuratas, vt neque aliud dicendum sit etiàsi pactum sit reciprocum inter alios, quàm commilitones. Militum enim hac in re, vt & in aliis plerisque iuris partibus singulare ius est, & quidem ita demũ si in ipso procinctu pactio talis facta sit, *l. licet* 19. *C. de pact.* & ita si sint de publico conducti, vt loquitur *Cacher. supradicta decis.* 100. Quamuis nõ desint qui ad paganos quoque legem illam communi gẽtium vsu tractam esse defendant, præsertim si inter nobiles agatur, aut inter agnatos & cognatos proximos, vt inter eos successionum iura conseruentur. Et certè negari non potest quin hac parte magna sit vis & potestas consuetudinis, & longè maior quàm pacti. Nam & receptum videmus longo vsu, quem tamen ex pragmaticorum errore fluxisse credibile est, vt pactiones illæ de futura successione, de quibus tractamus, passim defendantur si pater in dotalibus tabulis promiserit instituturum se filium aut filiam ex certa portione, tametsi longè maiore, quàm par sit ad inducendam inter omnes liberos æqualitatem, idque non tam, vt puto, propter vinculum iurisiurandi, licèt vix sit vt sine iureiurando pactiones huiusmodi fiant, quàm fauore & contemplatione matrimonij, ne decipiatur is ex coniugibus qui placiti fidem secutus, matrimonium contraxit, non aliter contractutus. Etsi leuior fanè est ratio hæc æquitatis, quàm vt certi iuris autoritatem labefactare debuerit. Est enim quod imputari possit ei qui sub eo pacto accessit ad matrimonium, cur non egerit potiùs vt ex eo contracti matrimonij tempore donatum esset inter viuos saluo vsufructu totum id quantum est quod testamento daturum se pater promiserit. Idem enim esset, nisi quòd certior effectus liberalitatis, nec legibus vis: vlla fieri diceretur. Itaque non video qua ratione aut quonam colore defendi possint hæ pactiones de succedendo, licèt iuratæ sint, præterquàm vno illo casu, qui Leonis constitutione continetur, id est, si pacto actum sit de liberis omnibus, ex æquis portionibus, siue ex testamento, siue ab intestato heredibus habendis. Nam & ex ijs ipsis qui putant valere has pactiones de futura successione si iusiurandum accesserit, hi tamen multi sentiunt, vt nihilominus sint reuocabiles ad nutum, & voluntatem promittentis, si credimus *Antonino Tessauro decis. Pedemont.* 225. Maximè, inquiunt, si quinque testes adhibiti proponantur: Quasi ex ea solennitate, iuncta cõditione & qualitate

negotij

negotij quo de agitur,id eſt futuræ ſucceſſionis videatur id actum inter cõtrahentes vt ea conuentio valeret iure ſupremæ voluntatis, potiùs quàm ex contractu inter viuos,niſi de bonis actum ſit, non de hereditate, vt tractat *crauet. conſ.* 139.*num.*10.*poſt Decium cõſ.*184. Quanquam non facilè poſſum ego cõcoquere vt conuẽtio facta inter viuos, & in dotalibus tabulis valeat, nec eo minùs reuocari poſſit ab eo ipſo qui vtiliter obligatus ſemel fuit. Illis ego potiùs accederem,qui negant vllere conſuetudinem illam ex qua diximus pactiones iſtas vſu receptas eſſe & approbatas, quam eſſe cõmuniorem interpretum ſententiam affirmat *cacher. dict. deciſ.*100.*nũ.* 32.33.& 34. Conſuetudinis enim vſuſque longæui, licèt non vtilis ſit autoritas, non tamen vſque adeò ſui valere debet momento,vt aut rationem vincat, aut legem,*l.* c.*quæ ſit long. conſuet.*cu. cõſtitutioni ſi hoc caſu locus non ſit, planè non video quonam alio eſſe vnquam poſſit.

ERROR SECVNDVS.

Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia, patre ſtipulante.

SOLENT filiæ cùm à patribus matrimonio collocantur, dotéſque accipiunt,renuntiare futuris ſucceſſionibus nõ modò patris,ſed etiam matris,fratrúmque & ſororum,nullo vt plurimùm in eam rem adhibito ſtipulatore,præter notarium, & patrem à quo dos promittitur,vel numeratur. Tantáque huiuſmodi renuntiationum,ſi iuratæ ſint, vis & poteſtas eſſe creditur, vt per eas excludatur filia ab omnibus ſucceſſionibus quibus renuntiauit, etiamſi neque matris,neque fratrum qui renuntiationis tempore abſentes fuerũt ratihabitio vlla ſecuta eſſe proponatur.Id verò,non tam propter interpoſitum iuſiurandum,quàm propter perſonã patris,de quo ſolet lex præſumere quod bonum commodúmque pro filia conſilium acceperit. Nam ſi talis renuntiatio facta eſſet matre aut aliquo ex fratribus pro ſe & abſentibus omnibus ſtipulante,licèt accedente iureiurando, placeret nullius fore momenti renuntiationem quod ad abſentes,præſertim qui ſtipulationem illam ratam nullo tẽpore habuiſſent: ſic nimirum cogente iuris ratione,quæ non patitur vt de tertij abſentis & ignorantis ſucceſſione inter alios tranſigatur: nec ſolùm ſi tranſigentes de proprio ſuo commodo cogitent,ſed etiam ſi in aliorũ vtilitatem,& eorum maximè de quorũ ſucceſſione agitur,ſtipulentur.Quoniã alioqui facilè fieret vt iis ipſis obeſſet renũtiatio in quorum gratiam facta eſſet. Quid enim ſi ignorantes illi renuntiationem paſſi ſint ſe decedere inteſtatos vt ad ſucceſſionis ſuæ partẽ tacito iudicio vocarent eam ipſam perſonã quæ renuntiauit? fortaſſe teſtaturi in eius cõmodũ ſi ab inteſtati ſucceſſione excluſam eam eſſe ſciuiſſent. Annon iniuria hoc caſu fieret fratri ipſi cuius abſentis & ignorãtis ſucceſſioni ſoror renuntiaſſet,atque ſorori ipſi quæ renuntiauit:Et ſanè ratio hæc tam euidens eſt & efficax,vt putem non minùs autoritatis habere eam debere cùm patri facta renuntiatio eſt, quàm cùm matri aut fratri. Id.n. omnibus caſibus periculum & incõmodum emergit excludendæ à legitima alterius ſucceſſione eius perſonæ, quam defunctus heredẽ

ſibi ab inteſtato futuram fortaſſe cre.idit. Nec video cur patri potiùs quàm alij licere debeat in eo circumuenire filij ſui, cui ſtipulatur, aut vxoris ſuæ incerta.ng otámque voluntatem. Nam quod pragmatici obiiciunt poſſe patrem filio ſtipulari, etſi verum eſt, tamen nullomodo ad rem pertinet: cùm enim pater filio ſtipulatur, non filio ſed ſibi acquirit, quoniam perinde eſſe intelligitur, ac ſi filius aut ſibi aut patri ſtipularetur. Nos autem de ea patris ſtipulatione tractamus ex qua filio non patri ius acquiratur. Talé verò nullam leges agnoſcunt, quia in eo quod per filium patri acquiri nõ poteſt, filius patri pro extraneo eſt. Neq. mutat, quod etiá in aduentiis pater filij adminiſtrator legitimus eſt. Nihil .n. eſt quod de aduentitiis tractari queat, aut quod patri ius dare poſſit ſtipulãdi pro filio, cùm filius nihil aliud in bonis h.bet præter ſpẽ paternę ſucceſſionis. nec ea ſpes táti eſt, quę facere debeat vt aliquá ſit cuius cõtemplatione videri poſſit pater legitimus eſſe filij adminiſtrator. Nõ enim nomẽ patris, aut ius poteſtatis, ſed res ipſa quæ adminiſtrãda eſt cũ patriæ poteſtatis iure coniuncta, patrem facit legitimum adminiſtratoré. Quòd ſi iá tũ cùm pater filio abſenti ſtipulatur, habet illę bona aliqua propter quæ videri poſſit pater ius habere legitimæ adminiſtrationis, nõ eo magis tamen valere debet ſtipulatio illa renuntiationis, per quá fiat vt ſoror à fratris inteſtati ſucceſſione quãdoq; repellatur, quia nõ poteſt acquiſiti omis iure cenſeri ea renũciatio quæ fratri heredé adimit ſororẽ, quá fortaſſis ab inteſtato habere is mallet, quàm fratres aut alias ſorores quæ nõ renunciarunt. Siquidẽ lõgè diſtat renunciatio hæc ab illa quæ fit patri aut matri ratione paternæ aut maternę ſucceſſionis. Locupletior náq; eſſe intelligitur pater aut mater cuius ſucceſſioni filia ſic renunciauit, vt à legitima quoq; ſit excluſa: quoniá vel inuitis parẽtib⁹ receſſe eſt ea vt ſaltẽ portio quaſi debita liberis reliquatur, parúmq; diſtat ab ære alieno, quo qui ſolutus eſt nõ abs re tãto ditior eſſe exiſtimatur. At frater ſorori nihil debet, nec eã ab inteſtato heredem habet, niſi cùm vult decedere inteſtatus, vt eos heredes habeat, quibus lex ipſa delatura eſt hereditatẽ. Tantum igitur abeſt, vt frater ob id locupletior factus videri debeat, quod ſorori præcluſus ſit per renuntiationẽ aditus ad legitimá ipſius ſucceſſionẽ, vt è cõtrario nõ mediocre incõmodum illud ei accedat ex renuntiatione, quòd ſi inteſtatus moriatur aliis relictis ſororibus minùs forſitan dilectis, hác tamẽ quá prædilexit, quæq; iá per renuntiationẽ excluſa eſt heredẽ habere nõ poterit. Etſi.n. poteſt huic incõmodo ſi velit facilè mederi cõdito ſi volet teſtaméto, tamẽ neſcit quàm plerũq; incõmoda & difficilis quinetiá interdum impoſſibilis ſit teſtaméti factio ſiue ob penuriá teſtium: ſiue quòd is qui teſtari decreuerat, morbo repẽtino oppreſſus teſtamentum facere nequiuerit. Quãquã nõ nego poſſe vim & poteſtatẽ renũciationis quantũlibet validæ, ſubuerti quocũq; indicio voluntatis, nec neceſſariũ in eá rem eſſe teſtamẽtum. Sed quid ſi nec cõtrarię illius volũtatis declarandę otium aut memoriá repentinus morbi caſus reliquerit? Quid ſi frater hic cuius ſucceſſioni ſoror renuntiauit patre ſtipuláte, impubes deceſſerit? Quid deniq; ſi renunciationẽ illá nũquã reſcierit, ac proinde iuſtã credẽdi cauſſam habuerit fore vt ſi inteſtatus decederet eá ipſam ſororẽ heredem aut ſaltẽ coheredẽ haberet quę poſt illius mortẽ reperietur excluſa per renuntiationẽ? Hi.n. caſus præcipuè ſunt, de quibus diſputamus. Nã ſi ponas fratrem cuius ſucceſſioni renuntiatum eſt ſciuiſſe renuntiationẽ, eámq; ratã habuiſſe, nõ negabo poſſe defendi eodẽ iure habendá huiuſmodi renuntiationẽ, quo ſi à fratre ipſo adhubita ſtipulatio

Digitized by Google

pulatio fuisset: at non propter personam aut ius patris, sed propter stipulationem notarij cùm ex generali gentium omnium consuetudine permissum sit notario vt absenti & ignoranti cuilibet stipulari possit, ex eaque stipulatione nascatur actio & ius acquiratur ei cui stipulatus fuerit, dummodò secuta legitima ratihabitione. Quare nec aliud admittendũ putabo etiãsi nõ pater ipse, sed frater aut alius quilibet stipulatus sit, quia & sufficeret solum notarũ stipulatum esse, alio nullo interueniente admissa scilicet ea pragmaticorũ & interpretum sententia, quam nos in superiore Decade refutauimus, quæ habet huiusmodi pactiones de non succedendo perinde confirmari iureiurando ex pontificia constitutione cùm fratri factæ sunt, acti patri facti essent. Idé ergo etiã eueniet, si mater tanquam tutrix liberorũ filiam nuptui collocans similé ab ea renuntiationem in aliorum liberorum gratiam extorserit. Non enim plus iuris habere potest mater ob tutelá, quàm pater ob ius potestatis. Etsi sunt qui putent post *Cranet. conf. 127. num. 5.* tutoris cõsensum & acceptationẽ pro pupillis siue præsentibus, siue absentibus in his renuntiationibus sufficere posse: quod tamen ego nõ puto probandũ mihi cùm agitur de paterna aut materna hereditate, quoniã extra eã causam, vt diximus, ut pulationes hæ nõ sunt acquisitiones. Cùm verò mater tutrix non est, aperta est ratio iuris, non magis matri quàm alij extraneo cuilibet permittendum esse vt filio stipuletur, quia hac parte verè extranea est, quæ scilicet non habet liberos in potestate. Quod enim placet interpretibus posse ex æquitate defendi stipulationem, & ex stipulatione dari vtilem actionem ob adfectionem personarum, ex *l. Caius 45. D solut. matrim.* apertè falsum est, & discrepans à principiis iuris, vt nos probauimus *lib. 1. Coniect. cap. 4. & lib. 13. cap. 5. ex l. si genero 26 c. de iur. dot.* In eo tamen pragmatici bene sentiunt, quod admittunt, si pater qui filiam induxerat ad paternæ fraternæque successionis renuntiationem, eandem postea ex testamento cum aliis fratribus aut sororibus heredem instituerit, aut etiam substituerit, hoc ipso extingui vim & potestatem renuntiationis: quasi mutata patris voluntate, in cuius sanè fuit arbitrio, ab ea renuntiatione quam pro aliis extorserat in eorundem præiudiciũ reuiuere. Nimirum quandiu illi patris notariique stipulationem ratam non habuerunt. Secuta namque ratihabitione, cùm iam ex proprio facto ius quæsitũ habere cœperint, fieri non potest vt eisdem illud à patre auferatur, quoniam etsi pater stipulatus non fuisset, sola tamen notarij stipulatio sufficere, vt diximus, potuisset. Nec renuntiationem illud irritam facere poterit, quòd soror nullo à fratribus accepto, sed dote tantùm à patre, eáque fortassis etiam minùs cõgrua ex comparatione paternarum facultatũ, successionem fraternæ sine causa renũtiasse videatur. Illa enim causa sola sufficere potest ad sororem à fraterna successione excludendam quòd exclusam eam esse fratres velint: præsertim si fratres intestati moriantur: quo casu non potest locus esse exceptioni quæ testamẽto facto necessaria est, nisi turpis persona sit instituta. Quamuis enim si iuris ciuilis regulas spectes, non aliter potest soror à fratris successione excludi nullis fratri existentibus liberis, quàm si factum fuerit à fratre testamentum, tamen ex quo pontificiæ legis & iurisiurandi autoritate inductum est, vt ab intestati quoque successione possit legitimus successor quilibet excludi per renuntiationẽ, pro testato habendus est frater qui iutatam sororis renuntiationem admisit: quasi qui in eundem finem, id est ad sororẽ excludendã fuerit testatus, nisi eam vi renuntiationis

Digitized by Google

satis excluſam exiſtimaſſet. Maternæ ſucceſſionis meo iudicio, alia ratio eſt. Nam cùm liberis in bonis defunctæ matris legitima ſaltem portio debeatur, ſi filia quæ accepta dote à patre renuntiauit maternæ ſucceſſioni, nihil à matre, ſed eſt ex bonis maternis acceperit, ſiue mater præſens fuit, & conſentiens renuntiationi, ſiue poſtea ratam eam habuit, negari non poteſt quin eiuſmodi renuntiatio quod ad matrem attinet, facta ſit ſine cauſſa: & conſequenter cùm ea res materiam præbeat exceptionis doli quæ iuriſiurandi vim enetuat & deſtruit, fatendum eſt vel nullam eſſe renuntiationem quam nec iuratam, ſecũdùm ea quæ nos in ſuperioribus diſputauimus in filia quæ nullo à patre accepto paternæ ſucceſſioni renũtiauit, vel ſaltem, ſi cum pragmaticis ſentire malis, reſcindi eam poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, ſiue dicas ſufficere impetrationem abſolutionis, quod ego probabilius arbitror, ſiue quod quidam volunt, reſtitutionis quoque auxilium in eam rem neceſſarium eſſe credatur. Tametſi enim huiuſmodi renuntiationi tantam vim tribuas quanta eſſe poſſet conditi teſtamenti ad filiam excludendã, non tamen poteſt ea res ſufficere ad hoc vt à materna ſucceſſione penitus filia excludatur per renuntiationem, quia neque per matris teſtamentum ſic excludi poſſet, vt non ſaluam haberet legitimæ petitionem, aut ſaltem condictionem ex Iuſtiniani lege à legitimæ ſupplementum. Tanto magis igitur admittendũ eſt hoc ſaltem caſu non poſſe valere maternæ ſucceſſionis renuntiationem quantũlibet iuratã à filia ſoli patri ſtipulanti factam, quam mater ipſa poſteà ratam nunquam habuerit. Quod ſi ne quidem matris fauore valet, cuius ſucceſſioni renuntiatũ eſt, quanto minùs valebit fauore patris, licèt ſibi ille ſtipulatus proponatur? Idémq; prorſus in fraterna ſucceſſione tractari poteſt, vt quãuis à filia, quæ fraternæ ſucceſſioni renũtiauit, pater ſibi ſuiſq; heredibus ſtipulatus ſit, nõ magis tamẽ ſibi quàm abſentibus & ignorãtibus fratribus ius aliquod ex ea renuntiatione quæ ſiuiſſe exiſtimetur, quia renuntiatio nulla eſt, nõ equidé quaſi facta ſine cauſſa, vt cùm agitur de materna ſucceſſione, ſed quia de abſentis & ignorantis hereditate pactiones inter alios factæ non valent, ſiue de ſuccedendo factæ ſint etiá cum iureiurando, quia ad pacta de ſuccedendo pontificia conſtitutio non pertinet, ſiue de nõ ſuccedendo, quia quòd iure pontificio cõfirmantur, adhibito iureiurando, eam ſanè recipit interpretationem ex iure ciuili, ſi tertii de cuius ſucceſſione actum eſt non tantùm ſcientia, ſed etiam cõſenſus & quidem expreſſus interuenerit. *l. vlt. C. de pact.* Nec cõualeſcet renuntiatio ob id ſolùm, quòd patri, qui renuntiationẽ à filia fraternæ ſucceſſioni factã ſibi ſuiſque ſtipulatus fuerat, iidem fratres heredes extiterint, quorum ſucceſſioni renunciatum fuit. Paternæ ſiquidem hereditatis agnitio nõ poteſt cedere loco expreſſi conſenſus, quod ad eos heredes attinet qui de iuncti factum ignorant in ea re in qua niſi conſentientibus ipſis nihil ſieri potuit à defuncto, cùm non de obligandis ex defuncti facto heredibus hoc caſu agatur, ſed de adimendo iis herede nõ ſolùm præter ipſorum voluntatem, ſed etiam cõtrà quàm pater ipſe ſtipulando ſenſerit qui vtique liberis ſuis prodeſſe voluit nõ nocere, nec iis aufferre heredem quem habere quandoque vellent. Idem enim alioqui periculum & incommodum occurret, quod nos euenturum diximus quoties valeret pactio de tertii hereditate facta, vt eos ille heredes ab inteſtato non haberet quos habere voluiſſet, quóſque fortaſſis teſtamento inſtituiſſet ſi nullum iis ad inteſtati ſucceſſionem aditum ſupereſſe credidiſſet.

ERROR

ERROR TERTIVS.

Si paternis tantùm bonis renuntiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit.

PACTIONES quæ fiũt de futura ſucceſſione, quoniã ſunt odioſæ, ſoláque iuriſiurandi religione ſuſtinétur, cõſtat quàm ſtrictiſſimè heri poteſt, accipiéndas eſſe, nec interpretatione aliqua adiuuándas. Inde fit quod & interpretes & pragmatici omnes fatentur, vt quæ bonis paternis renuntiauit, nõ cenſeatur renuntiaſſe fraternis, non ſolùm ſi bona illa frater habuerit aliũde quàm à patre, ſed & ſi ab ipſo patre ꝓfecta ſint, quia ex quo fraterna facta ſunt deſierunt eſſe paterna, & mutatione perſonæ mutatur conditio bonorum, *l. per curatorem 91. §. 1. D. de acquir. hered.* Sunt tamen qui diſtinguant poſt *Decium in l. hereditas. num. 8. de regul. iur.* an frater renuntiantis de cuius bonis agitur paternam hereditatem adierit nécne: vt ſi adierit, non poſſit eius ſoror ſeparare hereditates quę ſemel iũctę fuerunt, ſed quemadmodum excluſa eſt ab hereditate paterna per renuntiationem, ita & excluſa ſit à fraterna, ſi nõ adierit, tùm verò obtineat, quod diximus, vt quamuis patris heres eſſe non poſſit, fratris tamen eſſe poſſit. Quam ſententiam probat *Decius ex l. ſed ſi plures. 10. §. filio impuberi. de vulg. & pup. ſubſt.* vbi ſcriptũ eſt, ſi filio impuberi heredi ex aſſe inſtituto ſubſtitutus quis ſit, & filius heres patri extiterit, non poſſe ſubſtitutũ ſeparare hereditates, vt filij habeat patris nõ habeat, aut cõtrà, ſed aut vtriuſq; habere hereditatẽ debere, aut neutrius: iuncta enim, inquit, hereditas cœpit eſſe. Sed ſunt illa lõgè diſſimilia. Nõ enim quærimus, an filia quę renuntiauit paternæ ſucceſſioni, poſſit à paternis bonis abſtinere, & fraterna agnoſcere. Certũ enim eſt non poſſe poſteaquàm iũcta hereditas cœpit eſſe, ſed de illo tractamus, An eo minùs poſſit in bonis paternis quæ fraterna facta ſunt ſuccedere quòd aliquãdo paterna fuerunt, quódq; ſi paterna mãſiſſent, ab iis nunc per renuntiationem excluſa reperiretur: ad quam quæſtionẽ ſupradictus Vlpiani locus nihil pertinet. Eadem namq; dubitatio eſt ſiue per viam ſucceſſionis hereditatiæ, ſiue qua alia ratione bona patris ad fratrẽ peruenerint: & vtroque caſu ſicuti verum eſt facta eſſe fraterna, ita fatendũ eſt in fratris hereditate reperiri, & cõſequenter acquiri ſorori quę fraternæ ſucceſſioni non renuntiauit. Eamq; ſententiã cõtra Deciũ & receptiorẽ & veriorẽ eſſe teſtatur *Didacus ad cap. quãuis. in tert. part. reſect. §. 3. nu. 2. de pact. in 6.* Illa igitur aliis diſtinctio magis placet, an filia quæ renuntiauit petat bona paterna tanquã heres patris per mediã fratris perſonã, an potiùs tanquã heres fratris. Priore caſu nõ eſſe audiẽdã filiã tanquã excluſam per renuntiationẽ, quia licèt veniat ex nouo iure ꝓpter mediã perſonã fratris, venit tamẽ ad ſuũ cõmodũ: iuris autẽ regula eſt nõ magis ex alterius quàm ex ſua perſona poſſe quem agere cùm ad ſuũ cõmodum agere vult, nec agere ex propria perſona poteſt. Poſteriore verò caſu nihil prohibet, inquiũt, quominùs filia cõſequatur tanquã heres fratris quod tanquã heres patris cõſequi non poſſet. Sed neque diſtinctio hęc mihi probari poteſt: nam cùm heres heredis ſit heres teſtatoris, quid obſecro eſt, quod impedire debeat ne ſoror bona paterna poſſit vindicare tanquam heres patris, cùm ſit heres fratris qui patri heres fuit?

A renuntiatio? Minimè verò. Habet.n.tacitam conditionem vt ſæpiùs diximus. Si res in eodem ſtatu maneat, non autem idem ſtatus eſt poſt acquiſitã ſorori fraterna ſucceſſionem, qui fuit tẽpore renuntiationis. Et quemadmodum patris, qui ſibi, filióq; aut heredi ſuo ſtipulatus eſt, ea ſine dubio voluntas fuit non tãtùm filio alíve cuilibet primo heredi, ſed vt etiam heredis heredi ius acquireret, ex perſona ſcilicet ac iure primi heredis. Ita credendum eſt nec patrem ipſum qui filiam ad renuntiandum induxit eo animo fuiſſe vt renuntiationem nocere filiæ vellet ſi eam filio heredíve ſuo heredem aliquo caſu ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato fieri contingeret, non magis quàm ſi ipſe heredem illam teſtamento inſtituiſſet. Et hoc conſequens eſt ei quod ſuperiore capite diximus, non eſſe ferendum vt huiuſmodi renuntiationes iis noceant quibus prodeſſe voluit ſtipulator: noceret autem illa de qua agimus, ſi filius aliúſve quilibet patris heres cuius commodo pater ſtipulatus intelligitur, ſororem quæ renuntiauit heredem ſibi eligere etiam ab inteſtato prohiberetur. Sanè ſi filia quæ heres fratris eſt bona paterna velit petere non tanquam heres fratris aut patris ex perſona fratris, ſed tanquam heres patris ex proprio capite & iure, certum eſt audiri eam non debere, nec minus nocere ipſi hoc caſu renuntiationem quàm ſi fratri heres non fuiſſet. Poteſt enim eius qui conuenitur intereſſe ſororem ex fratris potiùs quàm ex propria perſona agere, fortè ſi quam exceptionem erat ille habiturus contra fratrem, qua vti non poſſet contra ſororem ſi illa proprio iure non ex fratris perſona experiretur, arg. *l. cùm reus* 14. *D. de fideiuſſ.* Illud tamen ſuperioribus obſtare videri poteſt, quod in aliis pleriſque iuris partibus origo bonorum cõſiderari ſolet, vt euenit cùm mater quæ ad ſecundas cõuolauit nuptias, vni ex liberis poſteà defuncto ſuccedit. Etſi enim ſi à filio heres ſcripta ſit, ſuccedit haud dubiè in omnibus filij bonis indiſtinctè, tamen defuncto filio inteſtato diſtinguendum eſt quænam bona filius reliquerit. Nam eorum quę ex paterna ſubſtantia ad filium peruenerũt, ſolus vſusfructus matri debetur, proprietate cæteris fratribus aut ſororibus ſeruata, eorum verò quæ filius aliunde quàm à patre habuit, plena proprietas ad matrem pertinet, pro qua parte ad inteſtati filij ſucceſſionẽ cum fratribus & ſororibus vocatur. *Auth. ex teſtamento. C. de ſecund. nupt.* Sed reſpõdendum eſt id fieri ex Iuſtiniani Nouella conſtitutione potiùs quàm ex vera iuris ratione, vt ex eo apparet quod ante Iuſtiniani conſtitutionem aliter ius erat, & indiſtinctè bonorum omnium prædefuncti filij proprietas matrem quæ ad ſecundas tranſierat nuptias, omnino deferebat, vndecunque tandem bona illa proueniſſent *l.* 3. *§. illud etiam. C. eod.* adeóque tametſi mater à prædefuncto filio fuiſſet inſtituta. Nec ſanè valdè refert ſi iuris rationem aut defuncti voluntatem inſpicias an ſuccedatur, ex teſtamento an ab inteſtato, cùm & ij qui ab inteſtato ſuccedunt, eo colore ſuccedãt quaſi tacito defuncti iudicio inſtituti, *l.* 3. *§.* 1. *l. cõficiũtur* 8. *D. de iur. codicil.* At Iuſtinianus more ſuo plus æquo fauens mulieribus teſtamẽti cauſſam prorſus exceptã voluit fauore matris binubæ, vt nõ ſit deterioris cõditionis quàm alius inſtitutus quilibet: ab inteſtato autẽ nõ ab aliis bonis excluſã eá voluit, quàm quæ à patre ad filiũ peruenirent, quaſi mater quæ ad ſecundas trãſiit nuptias nõ tã liberis ex priore matrimonio ſuperſtitibus quàm priori coniugi iniuriã feciſſe videatur, ideóq; ab iis tãtùm bonis filij excludi debeat, quæ patris aliquãdo fuerũt, nõ etiã à cæteris. Itaq; ex eo iure quod nõ ratione vlla iuris, ſed ſola Iuſtiniani volũtate nititur, nõ poteſt argumẽtum ſumi quod trahatur ad

propo-

propoſitã diſputationé. Planè, quãdo de parente ad ſecũda vota trãſeũte iam aliquid diximus, nemo dubitat quin huiuſmodi renuntiationibus non prohibeantur liberi qui renuntiarunt ea petere quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt. Acquiruntur enim illa liberis ex legum beneficio, & veluti pœnæ nomine, non hereditariæ ſucceſſionis iure, vt iam olim rectè Bartol. diſputauit ad *l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres. in fin. oppoſitionis penult. de ver. obl.* quem ſequitur *Guid. Pap. queſt. 128. poſt Oldrad. conſ. 294.* Magis mirum illud eſt, nec tamen minùs probabile quod iiſdem noſtris placet, idem de paternis bonis feudalibus iuris eſſe, vt liberi qui paternæ ſucceſſioni renuntiarunt nõ idcirco ab iis bonis ſummoueantur, nimirũ quia propriam & ſeparatam naturam habent, nec ſunt omnino paterna, vt ex aliorum ſententia tractat *Didac. d. §. 3. num. 6.* Scilicet niſi his quoque bonis expreſſim renuntiatũ ſit. Nam expreſſam renuntiationem valere non ambigitur. Alioqui cùm iuſiurandum ex iurantis mente vires & interpretationé accipiat, non poteſt ad iſta porrigi de quibus in dubio veriſimile eſt non fuiſſe cogitatum. *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. 2. & 3. D. de tranſact. l. mater decedẽs 19. de inoff. teſt. l. fin qui ſatisda. cogant.*

ERROR QVARTVS.

Si filia quæ patri cum iureiurando renuntiauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione.

MONVIMVS ſæpiùs renuntiationes iſtas de quibus agimus quantumlibet iuratas nõ impedire, quominùs poſſit ea perſona quæ renuntiauit heres inſtitui ab ipſo ſtipulatore. In eóq; mihi cõuenit cum interpretibus & pragmaticis omnibus: nõ ſolùm quòd non ſit veriſimile hoc actũ, aut de hoc caſu cogitatũ eo tẽpore quo interpoſita fuit renuntiatio, ſed etiã quia fieret alioqui vt noceret ſtipulatori renuntiatio, quæ prodeſſe tantùm ei deberet. Quid. n. abſurdius, quàm ſi quis dicat ſtipulatoré, qui renuntiationem extorquendo id egit vt liberioré haberet teſtãdi facultatẽ hoc ipſo minùs liberam habere, & prohiberi ne filiam quæ renũtiauit poſſit inſtituere ſi id malit? Nec ſimile eſt quod ſuper. ca. dicebamus, ante Iuſtiniani nouellam cõſtitutionẽ, de qua in Auth. *ex teſtamento. c. de ſec. nupt.* non potuiſſe matri quę ad ſecunda vota conuolaſſet, acquiri pleno iure proprietátẽ bonorũ filij prædefuncti, quãdiu alij ex eodẽ matrimonio liberi ſupereſſent. Id enim rationẽ illã habebat, quòd nõ tantùm matris odiũ vrgeret, ſed etiã fauor liberorum ſuperſtitum, quibus vtique mater ſecundas amplexa nuptias iniuriã feciſſet. In propoſito autẽ, neque odiũ vllum eſt mulieris quæ renuntiauit, quã tanto fauorabiliorem è contrario eſſe neceſſe eſt, quanto odioſior eſt, & à legitimo ſuccedendi iure alienior renuntiatio, neque fauor vllus aliorũ qui non renũtiarunt, vt melioris conditionis eſſe debeant inuito patre ſtipulatore, quàm ſi renuntiatio nulla præceſſiſſet. Emergit tamen dubitatio nec inelegãs, nec leuis momenti, ſi filiæ quæ renuntiauit pater aliquid vel minimum teſtamentõ reliquerit pro legitima portione, an hoc ipſo renuntiationis poteſtas vſque adeò extinguatur, vt poſſit filia perinde agere ad ſupplementũ legitimæ, acſi nunquam renuntiaſſet. Sic enim pragmatici vulgò putant, ſecuti *Rober. Maranthã* magni inter Italos pragmaticos nominis, *diſp. 10. nu. 26.* quaſi permittente eo in cuius fauorem facta fuerat renuntiatio, & ipſi renũtiationi, vt ita dicam, renuntiante. Quam ſententiam ego nunquá potui veram putare. Etſi

enim non dubito ita ius esse vt hæ renuntiationes locum duntaxat habeant quod ad successionem intestati, nec excludant renuntiantem à petitione eorum quæ testamento relicta sunt, aut alia dispositione, vtpote quæ debita fuit ex noua causa, ad quam extendi nequeat priùs facta renuntiatio etiam iurata *cap. ci. mutter. de renuntiation.* (renuntiatio enim iurium etiam quæ quis habere speret, intelligi debet ex causa de præterito, vt nostri loquuntur, non item ex causa de futuro, nisi cùm id expressũ est, *Bartolus in l. si vxor* 13. §. *Diui. ad leg. Iuliam de adult.* & ad *l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres de verbor. obligat.*) Non possum tamen intelligere qua ratione admittendum sit vt ex voluntate testatoris plus debeatur renuntianti, quàm testator ipse expresserit, aut cur testamento sublatum dicamus vinculum renuntiationis, nisi ad eam vsque quantitatem aut portionem quæ testamẽto relicta est, argum. *l.* 3. *D. de testament. mil.* Vulgare enim nostrorum brocardicum est, limitatam causam limitatum producere effectum *l. in agris* 16. *D. de acquir. rerum domin.* Quamquam enim scio nostris placere quod mihi displicet, eum qui paternæ aut maternæ hereditati renuntiauit simpliciter, nullo accepto, aut, quod hac parte idem est, accepto aliquo quod non soleat in legitimam imputari, nec in eam causam datum sit vt imputetur, posse nihilominùs legitimam petere, cui scilicet non censeatur renuntiasse, nisi specialem eius fecerit mentionem, vt illi arbitrantur. Attamen si legitimæ quoque renuntiatum sit, licèt pro minore quantitate quàm quæ ad legitimã sufficiat, constat inter omnes tantam esse vim renuntiationis, vt nec legitimæ supplemẽtum peti possit. Teste *Didaco in* 3. *part. relect. cap. quamuis.* §. 1. *numer.* 2 *paulò ante finem de pact. in* 6. In lucro igitur ponere renuntians debebit, si quid ei præterea vel ex testamento, vel ex alia voluntate obuenerit, eáque accessione quantacunque tandé illa erit, contentum eum esse oportebit. Longéque alia ratio est supplementi legitimæ quod ex testamento deberi dicitur, quódque condictione ex testamento petitur, etiamsi testamento non fuerit relictum. *l. omnimodo* 30. *C. de inoffic. testam.* Id enim fit quia ei cui testator minùs reliquit quàm pro legitima relinquere debuerit, illud quoque debetur quod relinqui oportuit, nec relictum fuit: at filiæ cui propter renuntiationem nihil debebatur non potest videri minùs relictum esse quàm deberetur, ob hoc solùm quod aliquid ei pater reliquerit: nisi fortè idem est plus dare quàm debeas, & minus dare. Illud sanè non nego posse iusiurandum remitti ab eo in cuius gratiam præstitum est, vt docet *Bart. in l. Labeo. D. de iureiur.* post Accurs. *in l. adigere, de iur. patron.* Sed nego remissum dici debere iusiurandum quo sustinebatur renuntiatio ob hoc solùm, quod aliquid pro legitima relictum sit ei qui renuntiauit, nisi pro ea quantitate aut portione quæ relicta est. Pro ea sanè quantitate aut portione fateor nullam prorsus renuntiationis habendam esse rationem: ideóque habere filiam debere etiã ab intestato quęcumque pater ei reliquit in testamento minùs sollenni: quod & traditũ est à *Guill. Bened. in repet. cap. Raynutius. in ver. duas habens filias, numer.* 288. & 290. Nam ex actu etiam nullo declaratur voluntas *l. vltima. D. de reb. eorum qui sub tutel. & curator. sunt.* Quodcumque autem voluntatis indicium sufficit ad hoc vt redeat res ad causam legitimæ successionis, argum. *leg. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret. in fin. D. de pact.* Addunt nostri alium esse casum, quo renuntiatio nõ possit iureiurando confirmari, scilicet si priùs filia iurauerat se nõ renũtiaturã: Prius enim iuramentũ

potentius

potentius eſt non ſolũ quia & prius & derogatoriũ eſt, ſed etiã quia congruit iuri commũ. *ca. eam te. & cap. intellecto. Extr. de iureiur. Bened. dict. num. 290.* Hoc ipſum tamen ita ſi prius iuſiurandum præſtitum ſit in vtilitatem & in manibus alterius, *Bald. in cap. veniens. ad fin. de iureiur.* & in *Auth. ſacramenta puberum. ver. vlterius quæro. C. ſi aduerſ. vendit.* Item ſi is cui poſteriore loco iuratur, prius iuſiurandum cõtrarium non ignoret, vt in *d. cap. intellecto.* Alioqui deciperetur idem *Bald. in cap. cùm contingat de iureiur. & in l. ſi prædium. in fin. C. de iur. dot.*

ERROR QVINTVS.

De differentijs legitimæ portionis, quæ deſcendentibus, & eius quæ aſcendentibus debetur.

SVNT qui inter legitimam portionem quæ deſcendẽtibus, & eam quę aſcendentibus debetur, differentias quaſdam conſtituant, ſed alij alias pro arbitrio, ego nullã agnoſco. Prima illa eſt quam Bartolus aliquando tradidit, vt legitima quę deſcendentibus debetur eis relinquenda ſit titulo inſtitutionis ex Iuſtiniani *Nou. 115. vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*: Quæ verò aſcendentibus, quocunque titulo relinqui poſſit, id eſt etiam legati aut fideicommiſſi, aut quo alio eiuſmodi ex *Nouell. 18. De trient. & ſemiſſ.* Sed iampridem exploſa hæc ſententia eſt, quoniam poſterior Iuſtiniani cõſtitutio quæ liberorum fauore induxit vt legitimam inſtitutionis titulo ijs relinqui neceſſe ſit, ſecundũ eam interpretationem quæ magis communiter probata eſt in *d. § aliud quoque capitulum*, illud quoque expreſſim cõſtituit, vt idem omnino in legitima aſcendentibus relinquenda obſeruari oporteat. Itaque non infacetè quidam ex interpretibus dixit mirari ſe quòd in toto mundo Bartolus non inuenerit amicum qui ſententiam ſuam ſequatur. Quod tamen interpretibus ferè omnibus placet vtramque legitimam tã quę deſcendentibus quàm quæ aſcendentibus debetur, inſtitutionis titulo relinqui debere, vereor ne non ſit verum, de quo ſequenti capite videbimus. Secunda differentia eſt, quæ pragmaticos quàm plures autores habet, vt legitimam quæ deſcendentibus debetur, iis relinqui neceſſe ſit in corporibus bonorum. Eam verò quæ aſcendentibus, ſufficiat relinqui in pecunia numerata vt bona in familia conſeruentur. Sed neque video qua ex lege hauſta ſit hæc differẽtia. Etſi. n. iure vetere potuit ſatis eſſe ad excludendã inofficioſi querelã ſi legitima ſiue parenti ſiue filio quoquomodo ſicut & quoquo titulo relicta eſſet. i. ſiue in pecunia, ſiue in corporibus bonorum, tamen ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſcimus 36. §. repletionem. C. de inoff. teſt.* generaliter inductum eſt vt legitimã in corporibus bonorũ dari oporteat, adeóq; legitimæ ſupplementũ: Cúmq; ex alijs eiuſdẽ Iuſtiniani cõſtitutionibus appareat eandẽ illũ rationẽ eſſe voluiſſe in cæteris, legitimæ quæ aſcendẽtibus & eius, quę deſcẽdentibus deberetur, nihil eſt ex quo poſsit cõijci hanc ei differentiã placuiſſe, quę nec omnibus pragmaticis probatur, ſed ijs tãtũ qui eo minùs ſapiũt, quo plus ſapere ſibi videntur. Tertia differentia illa adfertur vt pactũ de non ſuccedendo per quod filius excludatur à petitione legitimę in bonis paren-

tum prorſus improbatũ ſit iure ciuili, nec niſi iuriſiurãdi religione & vinculo ex po.tificia lege defendatur. Pactum verò de non ſuccedendo per quod parens prohibeatur legitimã petere in bonis filij, valeat etiã iure ciuili, nullo licèt accedente iureiurando, propterea quòd, inquiũt, fauorabiliori iure debeatur aſcendentium hereditas deſcendentibus, quàm deſcendentium aſcẽdentibus. Deſcẽdentibus.n. debetur hereditas aſcendentiũ ex voto etiã parẽtum: Aſcendentibus verò deſcendentiũ contra votũ parentũ ſola miſerationis ratione, *l. ſcripto* 7. §. *vlt. D. vnd. liber. l. nã etſi* 15 D. *de inoff teſt. l. vlt. D. de bõ. damn.* Sic.n. ratiocinatur *Didacus Couarr. ad cap. quamuis de pact. in* 6. §. 4. *nu.* 10. Motus *ex l.* 1. §. *ſi parens. D. ſi a parent. quis manũ. fuer.* vbi Vlpianus ſcribit, Si parens vel acceperit pecuniã vt filiũ emanciparet, vel viuus in eũ filius poſtea quantũ ſatis eſt contulerit ne iudicia eius inquietet, doli exceptione patre repellendũ eſſe. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de inita inter patrem & filiũ pactione de non ſuccedendo. Et tamen nihil apertius eſt quàm illud videre, duos ibi caſus proponi. Prior ille eſt, ſi parens pecuniã acceperit vt filiũ emanciparet. Quod ſi factum ſit æquũ ſanè eſt repelli eum exceptione doli ſi contra tabulas filij bonorũ poſſeſſionẽ petat, nõ quòd in accipienda pecunia deliquiſſe aut dolo malo verſatus eſſe dici poſſit, vt vulgò ne ſani tradiderunt, contra textũ in *l. virum turpem* 107. *de verb. oblig. l. vlt. C. de emancip. liber.* Sed quoniam ea bonorũ poſſeſſio patri datur in præmiũ, & remuneratione emancipationis, *d. l.* 1. *ſi à parent. quis manum.* Præmio autẽ nullo opus eſt poſt emãcipationẽ ei qui pecuniã accepit vt emãciparet. Præmiũ.n. ab initio accepit pater hoc caſu, *l. etiãſi* 3. §. *ſi quis numos. D. de bon. libertor.* Alter caſus eſt ſi poſt emancipationẽ viuus filius, id eſt inter viuos tãtùm in patrẽ contulerit, quantum ſatis eſt ne iudicia eius inquietet. Quo etiam caſu doli exceptione repellendus eſt pater ſi poſt filij mortem agere velit, non alia ratione quàm quòd videatur ei viuus filius prouidiſſe, nec æquum ſit patrem bis idem conſequi, hoc eſt debitam legibus portionem, licèt nullum de ea re pactum interceſſerit. Quomodo dicimus, ſi centum aureorum dominus viginti quinque alicui dediſſet, ac poſteà inſtituto eo herede legaſſet dodrantẽ, nihil aliud ſub occaſione legis falcidiæ conſecuturum heredem, quia viuus teſtator ei prouidiſſe videatur, *l. cum quo* 56. §. *vlt. & D. ad leg. falcid.* Nec in filio diuerſum eſt ſi ius vetus ſpectes, & ponas filio donatũ à patre quãtũ ſatis eſt ad quartam ſiue mortis cauſſã, ſiue inter viuos quidem, ſed hac tamẽ contemplatione vt in quartam habeatur arg. *d. §. vlt & l. ſi quando* 35. §. *& generali ter. C. de inoff. teſt. l. Papinianus* 8. §. *ſi quis mortis cauſſa. l. ſi nõ mortis* 25 *D. eod.* Quæ donatoris mẽs in dubio præſumẽda eſt quoties id quod donatur, ſufficit ad inofficioſi querelam excludendam. Vt quod Paulus ſcripſit *lib. 3. ſent. tit.* 8. §. 3. ea quæ mater viua donauit filio in quartam non imputari, intelligendum ſit eo caſu quo ad quartam illa non ſufficiant. Etſi non ignoro interpretes noſtros non aliter hoc admittere quàm ſi adiectum ſit pactum de nõ ſuccedendo, vt ex cõmuni omnũ ſẽtẽtia tractat *Guill. Bened. in verb. duas habẽs filias num.* 242. Sed monet me quod ſcriptum eſt in *d. §. vlt. l. cum quo. ad leg. falcid.* Idque Vlpianus ipſe in *d. §. ſi parens* non obſcurè innuit, cùm ponit tantum donaſſe filium patri quãtum ſatis eſt ne iudicia eius pater inquietet, ac proinde in hanc cauſſam ſiue expreſſa ſiue tacita volũtate, quãuis nullo addito pacto de nõ ſuccedendo. Illud.n. ſatis eſt donationẽ non eſſe ſimplicẽ, ſed ob

cauſ-

cauſſam ſiue expreſſam ſiue tacitam vt in legitimam imputetur. *l. quoniã nouella 29 & d.l.ſi quando.§.& generaliter. C.de inoffic.teſtam.* Dixi *ſi ius vetus ſpectes*, quia cùm hodie ex Iuſtiniani *nouell.* 115. de qua ſuprà diximus, & ex receptiſſima noſtrorum ſententia, ſi tamen vera illa eſt, inſtitutionis titulo reliqui legitimam neceſſe ſit, conſequens eſt nihil prodeſſe patri vt ſecutè teſtetur quod fortè inter vnos aut mortis cauſſa quantum ad legitimam ſatis eſt filio reliquerit, niſi eum præterea aut inſtituat, aut adiectâ iuſtâ cauſſâ exheredet, cùm olim ſufficeret vt exheredaret quamuis immerentem dummodo legitimam ei reliquiſſet, vt ſequenti capite dicemus. Eademque ratio facit vt & illam Vlpiani ſententiam quæ extat in *d.§.ſi parens*, hodie correctam eſſe putem poſteaquàm noſtris placuit, aſcendentibus quoque ſicut deſcendentibus relinquendam eſſe legitimam titulo inſtitutionis, & poſt ſublatas alia Iuſtiniani *nouell.conſtit.*118.*de hered.ab inteſt.venient.* differentias omnes ſuitatis & emancipationis. Nam ſicut hodie perinde ſuccedunt ab inteſtato emancipati liberi atque ſui heredes, perindéque inſtituendi ſunt, aut adiectâ cauſſâ exheredandi, vt teſtamentum valeat, ita & viciſſim ipſi parentes inſtituere coguntur, aut adiectâ cauſſâ exheredare. Perperam igitur acceptus eſt locus ille Vlpiani ab iis omnibus qui in ea ſpecie pactum de nõ ſuccedendo interueniſſe arbitrantur. Et ſanè vtroque caſu, id eſt ſiue de aſcendentium, ſiue de deſcendentium legitima tractetur, eadem vrget ratio, quæ pactum de non ſuccedendo minimè valere patiatur, quòd iuri ſuccedendi quia publicum eſt, & ex lege duodecim tabularũ, priuata pactione derogari non poſſit. *l.vlt. D.de ſuis & legit.l.ius publicum* 38. *D.de pact.* Nec minùs pro parentibus quàm pro liberis faciunt aliæ etiam rationes, licèt minùs germanæ, & acceſſoriæ propter quas noſtri putant improbata eſſe pacta de non ſuccedendo. Aiunt enim eandem cauſſam eſſe dandæ quæ eſt & adimendæ hereditatis, *l.2.§. vlt. l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill. penult.* §. 1. *de condic. inſtit. l. 3. §. conditio de adim. legat.* Pacto autem non poſſe dari hereditatem. *l.hereditas 5. C. de pact. conuent.* quia neque id conuenit legibus, neque fieri poteſt ſine legibus. Addit *Bart. in l.ſi quis pro eo. D. de fideiuſſ.* prohibitum eſſe pactum de non ſuccedendo, ne quis modico præſenti contentus, vt fieri ſolet, futuræ atque opulentiſſimæ hereditati renuntiet. Non ſatis rectè. Nam nec pauperior ſit qui ſpem hereditatis numquam fortaſſis deferendæ omittit, *l.quod autem* 6. *D. quæ in fraud. credit. l.ſi ſponſus* 5.§.*ſi maritus* 13.*& ſeqq. D.de donat.int. vir. & vxor. l. non videntur* 82. *l.non poteſt videri* 208.*de reg.iur.* nec opulenti fideicommiſſi incertum, modico quin & nullo accepto remitti vetitum eſt, *l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommiſſo* 11. *C. de tranſact. l.quoties* 11. *C. de fideic.* Et contrà non eo magis valet pactũ de non ſuccedendo quòd accepta magna quantitate, perexiguę hereditati renũtiatũ proponatur. Leges enim quæ huiuſmodi pacta improbãt, ſicut indiſtinctè loquũtur, & generalẽ habẽt rationẽ, ita & indiſtinctè debẽt intelligi. Incerta ſiquidẽ eſt & quæ in ſingula momẽta augeri vel minui poſſit futuræ hereditatis æſtimatio, cùm nõ niſi ex tempore mortis hereditas æſtimetur *l.1.& 2. D de hered.vel act.vendit.* Sed tamẽ etiãſi rationẽ hãc Bartoli pro vera probaremus, apparet nõ minùs eã vrgere pro parẽtibus quàm pro liberis, vt per pactũ de nõ ſuccedẽdo à petitione legitimæ ſubmoueri nõ poſſint. Quod autẽ obiicitur deſcẽdẽtiũ hereditates nõ deberi aſcẽdẽtibus ex voto, ſed ſola ratione miſerationis, turbato mortalitatis ordine, minùs ſanè

ad rem pertinet. Nam quod ad legitimã ſpectat, ſufficit vt eadem ratio pietatis vrgeat pro parentibus, quæ pro liberis, *d.l. nam etſi 17. D. de inoff. teſtam. d.l. ſcripto 7. § . vlt. D. vnde liber.* Qui enim agit querela inofficioſi teſtamenti ſiue ex aſcendentibus ſit, ſiue de deſcendentibus, eo coloré agit quaſi teſtator impius fuerit, adeóque furioſus & demens, qui in teſtando pietatis officia tùm maximè excolenda prætermiſerit, *l. 2. D. de inoff. teſtam.*

ERROR SEXTVS.

De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda.

REPREHENDITVR vulgò & notatur ab interpretibus ferè omnibus Imerius authenticarũ quæ per Iuſtiniani codicẽ ſparſæ ſunt cõpilator nõ indiligens, quòd ſc. ipſerit *in. auht. nouiſſima C. de inoff. teſtam.* nouiſſima Iuſtiniani lege cautum eſſe vt legitima quæ olim ſemper erat quarta portionis ab inteſtato contingentis, hodie verò pro numero liberorum vel triens eſt vel ſemis, relinqui poſſit quocunque titulo ſiue legati, ſiue fideicõmiſſi aut donationis tam inter viuos quàm mortis cauſſâ, aut alio quolibet relicti iure. Ex *Nouell. 8. De trient. & ſemiſſ.* Putant enim cęteri, poſteriore Iuſtiniani conſtitutione quæ extat in *Nouell. 115.* cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud. quoque capitulum*, longè aliter cautum eſſe, & contra iuris veteris rationem inductum, vt legitimam omnimodo inſtitutionis titulo relinqui neceſſe ſit, non ſolùm ſi deſcendentibus, ſed etſi aſcendẽtibus, adeóque fratribus in ſuo caſu, id eſt turpi perſona inſtituta, debeatur. Hanc enim cõmunem noſtrorũ ſentẽtiá eſſe, & vbique terrarũ receptiſſimã refert probátque *Antonius Teſſaur. deciſ. Pedemõt. 58. poſt Caſtrẽſ. in d. auth. nouiſſima. num. 9.* & alios innumeros quibus cumulandis non omnes omniũ chartę ſufficiant. Mouẽtur omnes ex vnius eius Nouellæ 115. verbis, quæ ſanè in hanc tẽ nõ obſcura eſſe videntur. Cõſtituit enim Iuſtinianus eo loco vt non liceat patri, vel matri, auo, vel auiæ, filio aut nepotes & deinceps inferiorꝰ gradus liberos prætere.re, vel exheredes in ſuo facere teſtamento, nec ſi legibus debitam portionẽ iis reliquerint titulo legati aut fideicõmiſſi aut alio quocunque, ſed omnino cogãtur aut eos inſtituere aut iuſtâ cauſſâ adiectâ exheredare. Proinde nulla ſatis iuſta ſubſiſtente cauſſa exheredationis, conſequens eſt vt non aliter valere teſtamentum poſſit quàm ſi filius in legitimã inſtitutus proponatur. Alioqui non facilè dici poſſet quid noui ea conſtitutione Iuſtinianus induxiſſet. Nam & olim ita ius vetus cõparatum fuiſſe certum eſt, vt quamuis legitimá quocunque titulo relinquere liceret, inſtitui tamen filium aut exheredari neceſſe eſſet, vt teſtamentum iure factum crederetur. Non enim quæri poterat de querela inofficioſi teſtamenti ad teſtamentum reſcindendum, quin priùs conſtaret teſtamentũ ipſo iure valere, ritéque & ſollenniter factũ eſſe: ſiquidem rumpi reſcindique nullomodo potuiſſet, quod nullo iure valuiſſet *l. 5. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtã.* Inter cætera autẽ teſtamentorũ ſollennia primũ illud & præcipuũ caput erat, De ſuis heredibus inſtituendis aut exheredandis, *l. inter cætera 30. & paſſ. D. de liber. & poſthum.* Ego tamẽ nõ dubito quin

quin hæc ſententia licèt, à pragmaticis omnibus, ſi qua vſquam alia, vt loquuntur, canoniſata, prorſus falſa ſit, & aliena, non quidem fortaſſe à verbis Iuſtiniani quæ vulgò in hanc rem creduntur aperuſſima, præſertim in §. *hæc autem alias.* § *cæterum. dict. Nouel.* 115. ſed tamen ab ea ratione quæ Iuſtinianū ipſum mouit, vt nouam ferret cōſtitutionē. Itaque non tam contra interpretes hîc diſputandū nobis erit quàm contra Iuſtinianū, ſed ex ipſo Iuſtiniano coniuncta ea iuris ratione, quam & Iuſtinianus ipſe probauit. Niſi malis Iuſtinianum ſic interpretari vt id conſtituerit quod ex iuris ratione conſtituere debuit, præſertim cùm verba non repugnent. Neque enim ea nouella id agit Iuſtinianus vt anteriores iuris cùm veteris, tùm noui leges quæ de legitima extabant abroget aut emendet, ſed illud potiùs vt nouum ius faciat quod ad ordinandi teſtamenti cauſſam ſpectet. Nam cùm iure vetere ſic obtineret, vt ſecurè teſtatus videretur pater qui filium licèt immerentem exheredaſſet, dūmodò legitimam portionem ipſi quocunque titulo reliquiſſet, quemadmodum ſuperiore capite attigimus, quia & ſatisfecerat iuris ſollemnitati, filio exheredato, & paternæ pietati, relicta filio quamuis exheredato legitima portione quæ inofficioſi teſtamenti querelam excludebat, Iuſtiniano durum nimis & iniquum viſum eſt, vt prætextu legitimę portionis relictæ exheredari à patre aut præteriri à matre impunè poſſet filius qui exheredationis cauſſam nullam admiſiſſet. Habet. n. exheredatio neſcio quam infamię notam ex impietatis conſcientia, quam notām pecuniario legitimę commodo aut alio quantumlibet maiore æſtimari ſatis è inuidioſum, & ijs quibus legitima deberetur inhoneſtum videbatur. Placuit itaque Iuſtiniano hactenus iuri veteri hac parte derogare, vt ad validitatem teſtamenti non ſufficiat quod olim ſufficiebat exheredatum eſſe filium à patre aut ab auo paterno, vel prętéritum à matre aut ab auo materno, cuius ſicut & matris prętéritio habetur pro exheredatione, ſed omnino neceſſe ſit aut inſtitui filium aut adiectā cauſſā eaque iuſta & ab heredibus probanda exheredari: Id ni factum ſit teſtamentū ipſo iure non valeat, ſed perinde nullum ſit acſi filius qui inſtatutus nō eſt, nec exheredatus eſſet, tametſi legitima portio ſiue legati ſiue fideicommiſſi, aut alio quocumq; titulo ei relicta eſſe proponatur. Cui conſequens eſt vt ne ſufficere debeat, quòd legitima relicta ſit titulo inſtitutionis, ſi non præterea filius ex aliqua aſſis parte inſtitutus ſit. Certum namq; eſt inſtitutum ex re certa, quoties alij, vnus pluresve ex aſſe ſcripti ſunt, pro legatario habendum eſſe, ideóq; nec heredis iure cenſeri vllomodo poſſe *l. quoties* 13. *C. de hered. inſt.* Quid autem refert an in re certa filius inſtitutus ſit, an in legitima portione? Siquidem legitima portio res certa eſt, non ſolùm quod ad quotam attinet, quæ certa legibus conſtituta eſt, ſed etiam quod ad æſtimationem, quoniā ea portio non hereditatis quota eſt, ſed bonorum, cùm non ponatur eius ratio niſi diducto ære alieno, quod ipſum tamen hereditatis partem cōſtituit, quia hereditas nomen iuris eſt non corporum aut ſingulorum aut vniuerſorum, *l. Papinianus* 8. §. *quarta autem. D. de inoffic. teſtam.* Nō ergo ſatisfacere Iuſtiniano debuit pater, qui filium in legitima duntaxat inſtituit, quia non eo minùs verum eſt, filium hunc in legitima inſtitutum ex nulla hereditatis, id eſt hereditarij aſſis parte heredē eſſe. Cùm autem non ſit heres, exheredem eum aut prætéritum eſſe neceſſe eſt, nam inter ſuum heredem & exheredem medium aliud nullum eſt, *l. in ſuis* 11. *de liber. & poſth.* Porrò ex Iuſtiniani conſtitutione nullius momenti eſt exheredatio quæ cauſſam nullam habet, quam nec

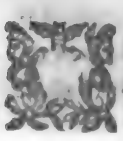
adiectam esse sufficeret, si non esset iusta, id est aliqua ex ijs solis quas eadem constitutio pro iustis haberi vult: inde igitur infero testamenta ferè omnia, quæ hodie fieri solent, & quibus instituitur filius in certa re aut quantitate pro omni legitimæ iure, & à reliqua hereditate excluditur nulla exheredationis causa adiecta, nō magis valere posse quam si filius hic inullomodo institutus esset nec exheredatus. Eam siquidem institutorem iuris ratio requirit quę filium heredem faciat, & consequenter quę aliquam hæreditarij assis partem ipsi tribuat: non per quam fiat vt legatarij dūtaxat loco habeatur. Alioqui dicendum est ius liberorum quod proculdubiō Iustinianus auctam voluit, è contratio fuisse imminutum, adeóq; in ea re quæ præcipui erat momenti. Neque enim credendum est potuisse olim patrem sic testari vt filium in legitimā portione instituere, heredē verò alium ex toto asse adscribere. Nam toto asse vni dato qui fieri obsecro poterat vt ex aliqua assis parte filius heres esse videretur? Cùm ergo neq; heres, neq. exheres dici posset, hoc vnū supererat vt præteritus diceretur, nil obstare eō quōd in legitima esset institutus, nō magis quā si ea portio ipsi legata aut per fideicōmissum relicta fuisset. Præteritam enim filium iuris autores intelligentiam, vt pluribus locis monuimus, non eum cuius mentio nulla in testamento facta sit, sed qui nec institutus fuit nec exheredatus, tametsi ei legatum fuerit, quin & eum qui institutus est aut exheredatus, si non eo modo quo oportuit, institutio vel exheredatio facta sit. Dices fieri non posse vt non sit heres qui est institutus, ideóq. filium qui in legitima portione institutus est, in ea quoque portione heredē esse, nec proinde quicquam de exheredatione tractari posse, cū fieri nequeat vt idem sit & heres & exheres. Et non nimirum est quod Iustinianum aut potiùs Tribonianum iuris sanè imperitissimum fefellit, si solam in re certa institutionem sufficere existimauit. Sed respondeo, quod dicitur non posse fieri vt heres non sit qui est institutus, ad eum duntaxat pertinere qui in hereditate, aut quod idem est ex certa parte hereditatis, non etiā ad eum qui in re certa institutus est. Non enim institutio, sed hereditas ipsa sola est, quę heredem facit. Ob idque nimirum constitui necesse fuit vt heres institutus in re certa pro legatario haberetur, cùm pro herede haberi non posset. Aliter enim posito iure eueniret vt eiusdem rei duo essent heredes, id est domini in solidū, is scilicet qui ex asse scriptus esset, cùm in toto asse cōtineatur quicquid est in hereditate, itémque is qui in certa illa re esset institutus. Non enim dici potest testatorem qui institutō aliquo in re certa alium heredem scribit ex asse transire ad dupondium, siue institutio in re certa præcedat, siue sequatur, quia tum demum fit transitus ad dupondium, cùm expleto primo asse, id est aut toto asse cōpleto, aut in duodecim vncias inter heredes distributo, instituitur aliquis ex alterius assis parte. Nouō siquidem & secundo assi necessariò tribuendum est, quod ex primo delibari amplius non potest. At institutio in re certa nihil habet commune cum institutione ex asse aut ex certa assis parte, quia nunquam institutus ex re certa habetur pro scripto ex certa parte assis. Ex ipso autem asse non nisi vno illo casu quo solus sit institutus, id est nullo herede aut ex toto asse, aut ex assis parte scripto *l. 1. § si ex fūdo. D. de hered. instit.* vt diximus latius *in errorem vltimū Decadis sequentis*. Nam si ponas Titium institutum ex fundo Corneliano, Sempronium verò ex semisse hereditatis, nemo ambigit quin Semptonius solus & ex toto asse heres futurus sit, Titius verò ex nulla parte. Cùm igitur testator, qui & heredē aliquem ex asse scribit,

ſcribit,& alium in re certa inſtituit,non ideirco [illegible] intelligatur, conſequens neceſſariò ſit quod diximus vt [illegible] nec heres hoc caſu dici,nec heredis loco haberi poſſit, [illegible] incommodum illud & abſurdum,quod euenturũ diximus, vt eiuſdem rei ratione duo ſint heredes. Quòd ergo legatarij loco habendus ſit, non quidè ex ſummo iure,cùm aliud ſit quem inſtituti in re certa, aliud verò ei legatum eſſe,ſed benigna iuris interpretatione ne defuncti voluntas intercidat, quę ſecundùm hanc interpretationem effectum commodè ſortiri poteſt. Obijcies fortaſſe, Non eo minùs abſurdum illud ſequi vt eiuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe reperiantur,quandoquidè legatũ perinde rem legatam facit legatarij vt hereditas,heredis res ſingulas,*l.legatum* 80.*de legat.2.* Ego verò nego cõſecutionem. Nam quod legatum eſt,nec in hereditate,nec heredis eſſe aut vnquam fuiſſe intelligitur, ſed recta via tranſit a teſtatore in legatarium, *l.à Titio* 64. D.*de furt.* Legatum enim eſt delibatio hereditatis cùm ex eo quod alioqui vniuerſum heredis foret,alicui collatum quid teſtator voluit,*l.legatũ eſt delibatio* 116.*de legat.*1. At nõ ſimiliter quis dixerit inſtitutionẽ in re certa alio ex aſſe ſcripto eſſe deliberationẽ hereditatis ſi heres ex ea re ſcriptus, pro herede habeatur. Cur .n. delibes ex hereditate vt ei tribuas quem heredem facere velis? Imò verò neceſſe eſt vt in hereditate ſit,adeóque vt ſit hereditas,ſi quis heredem ea ratione fieri volet.Hoc itaque admiſſo & probato de quo ambigi non poteſt, quòd inſtitutus ex re certa alio ex aſſe ſcripto nec heres dici,nec pro herede haberi poſſit,ſed tantùm pro legatario, infero filiũ qui à patre inſtitutus eſt in re certa,aut quod hac parte idẽ eſſe iam diximus, in legitima,nihilominus præteritum dici debere,ſiue ius vetus inſpicias, ſiue nouum & Iuſtinianeum, & conſequenter nullum & inuſtum fuiſſe iam olim, & eſſe hodie tale teſtamentum. Qui enim exheres non eſt,is ſi nec heres ſit,proculdubio præteritus eſt,conuenitque hac in re inter ius nouum, & vetus. Nec Iuſtiniani conſtitutio quæ omnium eorum quibus legitima debetur auctum ius voluit in cauſſa reſtitutionis vel exheredationis, poteſt ſibi conſtare ſi hanc admittat interpretationem, vt pro benè inſtituto hodie habeatur, qui olim præteritus dici potuiſſet. Nam ex contrario fecit Iuſtinianus vt filius immerenter exheredatus, qui olim pro ritè exheredato habebatur,ſi modò legitimam à patre quocunque relicti titulo habuiſſet,hodie habendus ſit pro non ritè exheredato, & conſequenter pro præterito, etiamſi ſemiſſem,adeóque ſi voles dodrantem hereditatis auferat propter inſtitutionem factam in certa re cuius æſtimatio dodranti hereditatis reſpondeat. Quia non quælibet exheredatio ſufficit hodie vt olim ad implendam hanc teſtamenti ſollennitatem,ſed talem eſſe neceſſe eſt quę cauſſam expreſſam habeat,& quidem iuſtam qualis certè eſſe non poteſt exheredatio filij,qui de parente numquam malè meritus eſt.Igitur,vt cõcludamus, non aliter hodie ſecurè teſtari poteſt pater aut mater,(ſi Iuſtinianeę conſtitutionis rationem,potiùs quàm conſtitutionem ipſam ſpectes) quàm ſi filium ex vncia aut ſemũcia aliáve maiore aut minore hereditarij aſſis portione heredem ſcribat : quo caſu quod legitimæ portioni deerit, ſupplebitur vtique per condictionem ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, ſi non aliunde id filius habuerit à patre ſiue legati ſiue fideicommiſſi titulo aut alio quocunque.Poſtquam enim Iuſtinianeæ conſtitutioni in eo ſatisfactum fuit, quod

filius ex aliqua vel minima assis particula heres est, nõ curat Iustinianus quo iure habeat ille legitimã, dũmodò integrã eam habeat, aut habere possit. Sicut è cõtrario non satisfit rationi quæ Iustinianum mouit ob id solùm quòd filius semissem aut dodrantem, imò & si voles vniuersa defuncti bona habeat ex institutione in re certa, si filius ille nec heres sit ex institutione facta in asse, aut aliqua assis parte, nec rursum exheres scriptus, vt contingit quoties eo ex certa re instituto alius ex asse aut ex assis parte institutus inuenitur. Nec me mouet quod ab interpretibus obiici video, institutionis titulum honorabiliorem esse quàm legati. Id enim tùm obtinet cùm quis ex institutione fit heres per hereditatem, quia pleniore iure deferuntur hereditates quàm legata, vt ait *l. 5. §. sed etsi portio. de legat. præst.* At iã docuimus filiũ institutũ heredem ex re certa nihilominus aut heredẽ esse, aut heredis loco haberi oportere: quia nec posset ex eo iure, id est, tanquã ex re certa heres scriptus eã rem consequi si non interpretatione fauorabili pro legatario haberetur. Non igitur ei honorificentior esse potest titulus institutionis quæ nõ valet tanquam institutio, quàm legati, cuius solius iure institutio defenditur? Adeunt pragmatici post interpretes, esse etiã vtiliorẽ & cõmodiorem filio institutionem ex re certa quàm legatum propter ius adcrescendi quod habiturus est filius alio herede siue ex asse, siue ex assis parte scripto se abstinẽte aut repudiante. Sed nos hanc quoque opinionẽ nõ facilè probamus, non ob id solùm quòd vix sit vt ius adcrescendi vnquam locũ habeat inter eos qui succedunt ex diuerso iure, sed etiã quia cùm institutus ex re certa iam inde ab initio legatarij loco habeatur, nec casum vllum vltrẽ habeat institutio ex re certa quo valere possit iure institutionis, nõ magis fieri potest vt ius adcrescendi habeat, quàm si verbis legati ei relicta res fuisset, vt alio loco fusiùs ostendemus. Sed etsi ita esse admitterem, nihil tamen ex eo inferri posset. Quid enim si de iure adeundi nihil tractari possit herede scripto se immiscere te aut adeunte? Quis neget hoc saltem casu pro herede habendum nõ esse filium ex re certa institutum? Atqui pro exherede multò minùs, nec si nominatim à reliqua hereditate exheredatus sit, postquàm Iustiniano placuit vt exheredatio quæ certam causam nullã expressam habet, pro nõ facta habeatur. Illud ergo relinquitur nõ solùm inuitis interpretibus, sed inuito etiã Iustiniano, vt sit præteritus, faciátque nullũ & iniustũ testamentũ, tametsi ex institutione illa in re certa legitimã integram ac longè plus quàm legitimam sit consecutus. Ita fiet, vt liberorũ ius diminuerit Iustinianus cùm de eo augendo cogitauit. Fecit enim vt hoc saltem casu valeat testamẽtũ, in quo filius reuera præteritus est, quod alioqui non valeret, cùm tamen id vnum sibi propositum esse dicat in *d. §. cæterùm*, vt à parentibus & liberis iniuriã auferat & præteritionis, & exheredationis. Nisi malis Iustinianum sic intelligere, vt filiũ qui non est exheredatus ita demum habeat pro instituto, non si in legitima aut alia re certa, sed si in aliqua assis parte sit institutus, quocunque tandẽ titulo legitimam acceperit.

ERROR SEPTIMVS.

De querela inofficiosi testamenti hodie sublata.



RVM in modum & interpretes & pragmaticos exagitat illa quæstio, An & quo casu locus hodie sit querelæ inofficiosi testamenti. Difficile nãque videtur casum reperire in quo locus ei vllus esse possit.

possit. Aut enim, inquiunt, filius præteritus est, aut institutus, aut exheredatus. Si præteritus, constat inter omnes & iam olim non potuisse valere testamentum, & hodie nullius momenti esse. Si institutus, etiamsi non nisi in nummo vno, non habet querelam, quia cogitur agere ad supplementum conditione ex lege Iustiniani in *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. testa.* Si denique exheredatus, vel exheredatus est nulla adiecta causa ex iis quas Iustinianus iustas esse voluit, aut adiecta quidem causa aliqua, sed nō probata & vtrouis casu nullius planè momenti est exheredatio propter *nouellā constitutionem* 115. de qua proximè diximus, vt cum *de appellat. cognosc.* § *aliud quoque capitulum*, exheredatio autem quæ non ritè facta est pro nulla & non facta habetur, *l. non putauit* 8. §. *non quouis D. de bon. poss. contr. tabul.* Sin causa illa iusta & à testatore adiecta & ab herede proba.a est, fieri certè nequit vt querelam inofficiosi testamenti filius habeat, qui iustè meritóque exheredatus est. Ita fit, vt nullo casu de inofficio testamento queri posse videatur. Idque magis cōmuniter probatum est. Quod tamen ne probare possim illud facit, quod Iustinianus nullibi scribit sublatam à se querelam inofficiosi testamenti. Neq enim id prætermissurus erat, si sustulisset, vt solet ille sibi placere adeoque gloriari quoties aliquid constituit quod à iuris veteris ratione abhorreat. Et verò tot iura sublata esse quæ extant adhuc in Pandectis & in Codice, nulla in eam rem facta constitutione, haud facilè, in eo iudicio, credendum est. Casus igitur distaxat quærendus est in quo auxilium querelæ necessarium videri possit. Puto autem posse non vnum solum casum sed plures reperiri: & illum quidem inprimis si exheredatio facta sit incerta causa ex iis quę Iustiniano probantur, sed quæ tamen ab herede probanda sit. Idipsum enim noua Iustiniani lege continetur, vt probare heres debeat causam exheredationis, cùm anteà liberorum oneri incumberet, vt se non ingratos fuisse probarent *l. liberos* 28. *C. de inoffic. testam.* Vtique autem necesse est heredem esse eum qui testamento scriptus est priusquam id probandi onus ipsi irrogetur, cùm neque vlla contradicendi causam aliam habere possit is contra quem filius agit, quàm quia heres est: illud ergo præcedere necesse est vt testamentum ipso iure valeat & subsistat, alioqui ex eo heres esse nemo posset. Quod si aliquando valuit, & subsitit, ex eóque adita hereditas est, fieri certè nequit, vt nisi eo rescisso & rupto locus vllus fiat filio qui exheredatus fuit. Quomodo autem nisi per querelam inofficiosi testamenti rescindi testamentum poterit? Nam quod ex recentioribus nonnulli comminiscuntur nouum nescio quod remedium à Iustiniano inductum ad huiusmodi testamentum rescindendum, & vt constitutio loquitur, euacuandum, ego quale sit certè non intelligo: nec rursum video quid necesse fuerit nouum vllum remedium induci cùm vetus sufficeret, iam inde à prima iurisprudentia, id est à prudentū interpretatione ad legem duodecim tabularum, vt ego quidem existimo comparatum, querelæ scilicet inofficiosi testamenti: cuius etsi nulla fit mentio apud Iustinianum tota illa constitutione, id tamen propterea factum videri potest, quòd certum ius esset & omnibus cognitum, nonnisi per querelam inofficiosi testamenti rescindi posse ex causa exheredationis paternæ vel præteritionis maternæ testamentum quod ab initio constitisset. Quod enim noui iuris remedij autores adferunt in eo differre nouum remedium à querela, quod per querelam rescinditur testamentum, per nouum verò remedium euacuatur, id est, vt illi interpretantur, nullas ab initio vires habuisse intelligitur non solùm si causa

exheredationi nulla aut nõ iusta inserta sit, sed etiamsi ea quæ inserta est, non fuerit probata per heredem, prorsus ridiculum est. Fateor nulla inserta caussa ex iis quas Iustinianus admisit non valere testamẽtum ipso iure, quasi nulla facta exheredatione quæ non ritè facta est, nec secundùm eam formam & solennitatem quam Iustinianus præscripsit, quia sicut ad testamenti solennitatem omnino pertinet vt ritè exheredetur is qui non est institutus cùm talis persona est, quæ instituí debuit aut exheredari. Ita ad exheredationis solennitatem pertinet, vt hodie fiat inserta caussa, eaque iusta & legitima. Sed eo facto dico valere omnimodo testamentum, siue caussa illa vera sit siue falsa, quoniam vtrum vera sit an falsa, ad facti non ad iuris quæstionem pertinet, & ad materiam potiùs quàm ad formam exheredationis, nec de eo disceptari potest apud iudicem nisi cum herede qui eá ingratitudinis caussam quam testator expressit, probare cogitur, vt diximus, heres autem si extraneus sit non potest heres esse ex testamento priusquàm adierit, nec rursus adire ex testamento quod ab initio non valuit. Vt autem testamentum quod ab initio valuit postea retrofingatur nullas vnquam vires habuisse fieri nullomodo potest, sed necessariò rumpendum, & rescindendum est. Ergo per querelam, cuius & ea semper natura fuit vt non contra lignum daretur, quomodo bonorum possessio contra tabulas *l. quod vulgo* 19. *de bonor. poss. contr. tabul.* sed contra heredem, &, quod est consequens adita demum hereditate. *l. Papinianus* 8. §. *vnde & si quis D. de inoff. testam.* Alius casus est, in quo hanc inofficiosi testamẽti querelam etiamnum necessariam putarem, & quem ex interpretibus nemo obseruauit, quoniam licet non à iuris ratione, tamen à Iustiniani mente alienus est, ideóque noua egeret constitutione. Nimirum nullius ex vncia aliáve hereditarij assis parte institutus sit quę ad legitimam portionem non sit satis, à reliqua autem hereditate nominatim, & expressim exheredatus, siue nulla, siue aliqua exheredationis inserta caussà. Nam cùm filius ex aliqua assis parte institutus est, quantulacumque tandem illa sit, non potest locus esse nouæ constitutioni, quatenus prohibet illa fieri exheredationem nisi iusta & legitima caussa adiecta. Siquidem eam faciendæ exheredationis formam Iustinianus præscribit illo demum casu quo filius non fuit institutus. Neque enim id requirit ille vt filius & instituatur, & exheredetur simul à reliqua hereditate, sed vt vel instituatur vel exheredetur. Idcirco auté ponimus & institutum & exheredatum, quia si tãtumm odo esset institutus, licet ex minore portione quàm quę ad legitimã sufficere posset, nõ tamen posset queri de inofficioso patris testam. sed ad supplemẽtũ ex alia Iustiniani lege agere omnimodo deberet. Subiecta verò exheredatione fieri nõ potest vt id ius habeat locũ, & supplemẽti petitio vlla supersit, quẽ admodũ se quẽti cap. docebimus ex antiqui iuris & nouæ cõstitutionis ratione cõtra Iustinianũ. Proinde necesse est querelæ auxilũ vetus filio cõpetere ad rescindẽdã exheredationẽ, & cõsequẽter ad rescindẽdũ testamẽtũ, ne filio fraus & dãmnũ in legitima portione inferatur. Nã & idẽ olim obtinebat, si filius fuisset institutus ex minore quã legitima portione. Querela.n. inofficiosi testamẽti nõ rescindit iniustã filij exheredationẽ vt ea rescissã filius reperiatur præteritus (alioqui nullũ haberet effectũ si filius ex minima vnciolæ parte institutus reperiatur, nec eo minùs tamen filius in legitima damnũ pateretur) sed vt rescissa exheredatione appareat impiũ & furiosũ fuisse patrẽ qui filio in legitima debitáq; legib. portione iniuriã fecerit *l. 2. D. de inof. test.* Vnde illud etiam

fit

fit vt per huiuſmodi querelam non fiat teſtamentum nullum quaſi præterito filio, qui reuera fuit rectè, licet non rectè nec iuſtè exheredatus: ſed rumpatur, & ad cauſſam inteſtati res deducatur pro ea duntaxat parte quam ab inteſtato filius ille qui conqueſtus eſt & obtinuit, erat habiturus ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet, *l. cùm a. 24. D. eod.* Ideo autem poſui filium ex aliqua hereditatis aſſis parte inſtitutum non in re certa, aut quod idem eſt, in parte aliqua legitimæ portionis, quoniam filium ex re certa inſtitutum nec pro inſtituto habeo, nec pro herede, ſed pro legatario, atq; ita pro præterito, vt præcedenti capite diſputauimus: cui proinde nec querela vlla opus eſt nec actione ad ſupplementum, vt ſuccedat inteſtato patri, cuius teſtamentum nullo vnquam tempore, ac ne temporis quidem momento conſtitit, ſi haberem eũ pro inſtituto. quod interpretes & pragmatici omnes ſentiunt, non dubitare quin hoc etiam caſu locus eſſet querelæ inofficioſi teſtamenti, ne aliter poſito iure faciendum eſſet omni auxilio deſtitui filium qui fraudem in legitima paſſus fuiſſet, quippe qui nec poſſet dicere ſe præteritum, nec rurſus malè & non ritè exheredatum, propter eas rationes quas iam adduximus. Nec denique agere ad ſupplementum contra expreſſam patris voluntatem, qui eum à cæteris bonis omnibus excluſum voluit, & exheredatum. Quæ autem tã hoc quàm ſuperiore cap. de perſonis deſcendentium ſcripſimus, & in ſequẽtibus ſcribemus, eadem & de perſonis aſcendentium dicta volumus, & contrà.

ERROR OCTAVVS,

De actione quæ ad ſupplementum legitimæ portionis datur ei, cui minus relictum eſt.

MAGNAM quod ad inofficioſi teſtaméti querelam ſpectat, plagam iuri veteri intulit ea Iuſtiniani cõſtitutio, qua factũ eſt, vt ſi ei cui legitima debetur minùs relictũ ſit, nihilo magis poſſit ille queri de inofficioſo teſtaméto quomodo olim poterat, ſed cogatur agere ad ſupplementũ, atque ita contentus eſſe legitima portione, qui tamen ſi querelam exercere poſſet inteſtatum faceret patrẽfamilias, atq; ita tantum ex bonis eius cõſequeretur, quantũ ei ab inteſtato lex deferret, ſi nullũ teſtamentũ factũ fuiſſet. *l. omnimodo 30. C. de inof teſt.* vbi Iuſtinianus ita ſe cõſtituiſſe ait ad tuendas & aduuandas defunctorũ volũtates quę tanquã dementiũ & inſanorũ reſcindebãtur anteà per querelam, tametſi ex aliqua aſſis parte inſtitutus proponeretur is cui legitima debebatur. Sufficiebat enim ad inducendã querelã quòd filius ex teſtamento plenam legitimã & legitimæ fructus conſequi nõ poſſet, etiamſi non niſi minimũ quid foret quod deeſſet. Vnde fiebat vt plerumq; ac facilè circumueniretur ſuprema defuncti & ſani alioquin hominis voluntas, qui licèt eo animo fuiſſet vt nullam filio in legitima iniuriam faceret, errore tamen lapſus in ſuo patrimonio æſtimando paulò minus ei reliquiſſet, quam ex legibus debuiſſet. Id verò æquiſſimè Iuſtinianus temperans ac corrigens remediũ induxit per quod & filio ſubueniretur ne damnum ſentiret in legitima, & defuncti famæ atque exiſtimationi parceretur, ſublata hoc caſu querela inofficioſi teſtamenti, inque locum eius ſubſtituta actione ad ſupplementũ legitimæ ſaluo teſtamento, quaſi ex ipſius teſtatoris volũtate, quem vtiq; in dubio non eſt

dubitandum multò libentiùs integram legitimam relicturum fuisse si quid ei deesse existimasset, quàm passurũ vt eo prætextu iudicia sua, tanquam dementis & furiosi hominis subuerterentur. Propter quam causam non malè creditum est actionem hanc quæ ad supplementum legitimæ datur competere ex testamento, quia licet difficile illud videatur vt actio ex testamento detur ad maiorem quantitatem, quam quę testamento data & comprehẽsa sit, nihil tamen vetat id omne quod debetur ex tacito præsumptóque defuncti iudicio pro eo haberi, ac si testamento ipso datum esset. Neque verò fieri vllomodo potest, vt aliter sentiamus, quia cùm Iustinianus voluerit hoc etiá casu, quo minùs legitima relictũ est, sustineri testamentum, alterutrum necessario faciendum est, aut supplementum illud nullomodo deberi quod lex negat, aut non nisi ex testamento deberi; ab intestato enim vtique non debetur, cùm testamentum subsistat, certúmque sit longè ampliorem portionem ab intestato debitam ei quam quæ desit ad legitimam supplendam. Nam & in eleganti illa specie, de qua in *l. 5. C. de inoffic. testam.* similiter euenit, vt filius ex matre in puerperio defuncta editus, tametsi reuera prætertitus à matre, tamen pro nihilo habeatur, succedátque ex testamento cum fratribus in viriles, nec rumpere possit testamentum per querelam inofficiosi testamenti, nimirum propter præsumptam matris voluntatem quam credibile est testamentum mutaturam, nec minùs hunc filium, quàm cæteros instituturam fuisse si repentini casus acerbitas mutandi testamenti otium suppeditasset, vt scriptimus *lib. 9. Coniecturarum cap.* 15. Vnde & mihi semper visus est *Bartolus* à nostris meritò reprehensus in eo quòd actionem hanc ad supplementum quinquennio finiri credidit exemplo querelæ inofficiosi testamenti in cuius locum subrogata est, vt subrogatum, inquit, sapiat naturam eius in cuius locum subrogatum fuit: quam sententiam defendit etiam *Guid. Papa quæstione* 82. Nihil enim commune habet actio ad supplementum cum querela inofficiosi testamenti, cúmque nihil sit odiosius querela, quoniam & testamentum euertit, & defuncti famam lædit, nihil contrà fauorabilius est actione ista, quæ ad supplementum datur, quia testamentum valere patitur, & parcit honori testatoris. Illa contra testamentum competit, hæc autem ex testamento. Itaque siue dicas supplementũ legitimæ peti ex testamẽto, siue quod non valde distat, cõdictione ex lege Iustiniani (quid enim prohibet dari condictionẽ ex lege ad petendum legitimæ supplementũ quasi ex testamento?) non potest ea actio perimi minore quàm triginta annorum spatio, qui actionũ omnium personaliũ & perpetuarum finis ac terminus ab Imperatoribus cõstitutus est. *l. sicut* 3. *C. de præscrip.* 30. *vel* 40. *an.* Sed videtur mihi Iustinianus nouæ cõstitutionis æquitatẽ quàm maximè fœdasse, cùm eam locum habere voluit omni casu quo aliquid vel minimũ quãtulumcunque pro legitima relictũ est, etiam si ex verbis ipsis testamẽti appareat, nihil amplius testatorẽ ei cui legitimã debuit relictũ voluisse. Finge institutũ à patre filium in vncia, aut vt ex eiusdem Iustiniani errore fieri solet in aliqua re certa, & prohibitum expressim ne amplius quicquam petat, aut nominatim à reliqua hereditate exclusum per exheredationem. Perinde placet Iustiniano locum esse actioni ad supplementum acsi neque exheredato neque prohibitio vlla testamento contineretur: *d. l. omnimodo. & §. hac autem alias §. caterùm, Nouell.* 115. *Vt cùm de appell. cognosc.* Cui sententiæ patrocinari videtur etiam alia Iustiniani constitutio in *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inof. test.* qua factum est vt nullum legitimæ portioni onus & grauamẽ à testatore

iniici poſſit,& ſi quod adiectum eſt id pro non ſcripto habeatur.In quo ſanè teſtatoris voluntatem & noui iuris æquitaté Iuſtinianus apertè circumuenit. Nam cùm ea conſtitutio nitatur præſumpta voluntate teſtatoris,quem,vt diximus,veriſimile eſt per errorem magis quàm certo iudicio minus reliquiſſe ei cui fortaſſe legitimam integram à ſe relinqui putabat. Anno profuſus eſt conſequens,vt in aperta contraria teſtatoris voluntate nullius præſumptionis locus relinquatur,nullus fauori teſtamenti,aut etiam teſtatoris qui filio & legibus iniuriam facere ſine dubio voluerit?Quid verò apertius,quàm noluiſſe teſtatorẽ ſupplementum vllum ei præſtari, quem expreſſim vetuit amplius petere,& quem nominatim exheredauit?Cur autem adiuues teſtatorẽ & ei ſubuenire cures,qui vltrò periclitari voluit,& in leges naturamque ipſam offendere:Aut quomodo quóve prætextu poſſis inducere,vt ex teſtamento debeatur id,quod non ſolùm præter verba teſtamenti,ſed contra verborum tenorem manifeſtiſſimum petatur?Cur denique iure teſtatoris liberalior ſis teſtatore,& quidem inuito? *l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell.* Potuit Imperator ſanè facere pro ſua autoritate vt teſtatoris voluntas benigna interpretatione ſuppleri & animari poſſet:at vt ſaluo teſtamento contra expreſſiſſima teſtamenti verba eiuſque defuncti voluntatem,quid debeatur ex ipſo quoque teſtamento,nõ magis facere Iuſtinianus potuit quàm totam iuris rationem,rerúmque naturam & ordinem conturbare.Sicut & in ſpecie *d.l.3. C. de inoff. teſtam.* nemo diceret filium editum ex matre in puerperio defuncta ſucceſſurum fuiſſe matri ex teſtamento,ſi eum à matre conſultò prætentum eſſe comitaret.Nec ad rem pertinet alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *dict. l. quoniã in prioribus.* Aliud enim eſt dicere,nullum legitimæ onus aut grauamen iniici poſſe quod Iuſtinianus ea conſtitutione induxit,aliud verò dicere, legitimam integram haberi pro data, quæ tamen integra data non eſt.Alioqui poſſis eadem ratione inferre,quod nemo vnquam dixit,etiamſi nihil prorſus filio pater dederit,intelligi tamé dediſſe filio legitimam, quia non potuerit filij conditionem in legitima facere deteriorem Et ſanè legitimam integram datam eſſe neceſſe eſt ſiue expreſſa teſtatoris voluntate,ſiue tacito ipſius iudicio,quod contingit quoties teſtamenti verba patiuntur vt legitimę ſupplementum peti poſſit,priuſquã locus fiat conſtitutioni Iuſtinianeæ de omni onere à legitima tollendo.Neque enim legitima portio eſt quæ integra non eſt,nõ magis quàm ſi nec vnus quidem nummus pro legitima datus eſſet.Denique vt dicam apertiùs, voluit Iuſtinianus pro non ſcripto haberi quicquid legitimæ portionis datæ ius lædere ac minuere poteſt.Sed non illud æquè voluit pro data haberi legitimã quæ data non fuit, quia vt id fieri poſſet,pro ſcripto habendum eſſet quod ſcriptum non eſt:imò verò contra quàm ſcriptum eſſet,quod tamen nuſquã proditum aut admiſſum eſt.Scio aliquando contingere vt plus dictum,minùs ſcriptum inueniatur,vt in elegãti illa *l. cùm auus 102. de cond. & demõſtr.* Sed non aliter id fit quàm ſi dicto ſcriptum cõgruat,vt idem Papinianus,cuius ea lex eſt,interpretatur in *l. vnũ ex familia 76. §. ſi omiſſa. de legat 2.* Fieri autem nequit in propoſita quæſtione vt dictũ ſcripto congruat,id eſt,vt qui filio in vncia tantùm,aut in exigua pecuniæ quantitate inſtituto vetuit ne quicquam amplius peteret,aut exheredandi verbo vſus eſt in ſcriptura teſtamenti,videatur dixiſſe,quòd velit legitimam integram filio ex eo teſtamento præſtari:eſſet enim dictum tale repugnans ſcripto,nec tam contrariũ

Digitized by Google

quàm contradictorium. Supereſt igitur, vt hoc caſu, quo filius ſupplementũ legitimæ ex teſtamento petere non poteſt propter contrariam enixam patris voluntatem, locus eſſe debeat querelę inofficioſi teſtamenti ad euertendũ teſtamentum, vt inteſtati ſucceſſioni pro ea parte quæ ad actorem ſpectare poteſt, via pateat. Ferèque eſt vt idem reſpondendum exiſtimem, etiamſi filio vnico vncia hereditatis ſimpliciter relicta ſit pro legitima quæ maior debebatur, ſi nihil amplius ei legatum, aut quo alio relicti genere datũ proponatur. Non enim videri poteſt teſtator animũ habuiſſe relinquendæ legitimæ portionis qui vnciam tantùm reliquit, niſi fortè dicas lapſum eum per errorem cùm legitimæ portioni vnciam ſufficere exiſtimaret: ſed non niſi iuris error ille eſſe poteſt, nec proinde iuſta eſt eius allegatio, quia in teſtamẽtis ordinãdis nullam error iuris habet excuſationem, ideóque optimum factu eſſet, adhiberi à teſtatoribus iuriſperitos vt olim adhibebantur, ne qua per erroré iuris difficultas emergere vnquam poſſet. Non idem eſt cùm in re certa inſtitutus eſt is cui legitima debetur. Facti enim non iuris quæſtio eſt, an res illa ad legitimam ſatis eſſe poſſit, ideóq; poteſt voluntas teſtatoris eam recipere interpretationem quę fauorabilior eſt, vt credatur teſtator nullam ei, cui legitima debetur iniuriam facere voluiſſe. Cùm auté loquor de filio ex certa re inſtituto, pono eſſe eum etiam ex aliqua aſſis parte ſcriptum: Alioqui haberem eum pro præterito, & pro legatario, vt à nobis ſuprà diſputatũ eſt: itaq; nihil referre arbitror an inſtitutionis ſingularis, an legati iure aliquid à teſtatore acceperit, vtroq.n. caſu ſi neque heres, neq; exheres ſcriptus ſit, teſtamentum non valet, ob ídq; nec de querela inofficioſi teſtaméti, nec de actione ad ſupplemẽtũ, ſecũdũ iuris rationem tractari poteſt. Si verò heres ex vncia vel alia aſſis parte ſcriptus fuerit, dico nõ ſolùm valere teſtamẽtũ, ſed etiam ita valere vt per querelam inofficioſi non poſſit reſcindi, niſi eo demũ caſu quo teſtator expreſſim prohibuerit, ne quid amplius peteretur, aut, quod idem eſt, quo à reliqua hereditate exheredauerit eum cui legitima integra debebatur. Tunc enim ceſſante (vt ego quidem cõtra Iuſtinianũ arbitror) actione ad ſupplementũ, querelá neceſſariam eſſe dicerem ad fraudẽ, quam in legitima facere teſtator voluit, vindicandam, ſi nouæ legis condendæ ius haberem.

ERROR NONVS.

Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, relictum agnouerit.

IAM ſatis ex præcedẽtibus intelligi poteſt, quid nos hoc capite tractãdũ probãdúmq; ſuſcipiamus. Id nimirũ quod iam attigimus, ſi pater filio ritè inſtituto reliquerit min° quàm pro legitima portione relinquere debuerit, hac lege expreſſim adiecta, ne quid amplius petere filius poſſet, nõ eſſe filiũ audiẽdũ ſi cõdictione ex lege Iuſtiniani agere velit ad ſupplementũ, ſed vnum illud conſilium ei ſupereſſe querelæ inofficioſi teſtaméti, ideóq; ſi relictum agnouerit ſimpliciter, & ſine proteſtatione, poſteà verò de inofficioſo queri velit, repelli debere propter adprobatá à ſe defuncti voluntaté. In quo nõ tãtùm à pragmaticis ſed etiã ab interpretib° diſſidem°. Illi.n. exiſtimãt in propoſita ſpecie nullius omnino momẽti eſſe adiectionem illã per quã filius quicquã amplius petere prohibitus eſt: indéq; inferũt perinde poſſe filiũ agere ad ſupplemẽtum acſi clauſula illa adiecta nõ fuiſſet. Et cõſequẽter nõ magis ſibi eum nocere cùm ſimpliciter agnoſcit quod ſibi relictum

relictũ eſt quominus poſſit petere quod legitimæ portioni deeſt, quàm ſi ſim pliciter id relictũ eſſet: quo caſu expreſſa eſt Iuſtiniani cõſtitutio nudã relicti agnitionem non nocere, *l. ſi quando 35. §. & generaliter C. de inof. teſta.* Mouentur, quòd ex alia Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus. eod.* factum ſit vt legitima portio nullũ poſſit onus recipere, nullum grauamen, ſiue diei, ſiue conditionis, ſiue aliud denique quodlibet. Quaſi verò legitimæ adſcriptũ onus illud ſit, vt ea quantitate quæ filio pro legitima longè minor relicta eſt, cõtentus eſſe filius cogatur, nec quicquam præterea petere poſſit. Ego verò in contrariũ ex eo moueor, quòd ea Iuſtiniani lex, qua nituntur, non ſic accipi poteſt vt qui parte legitimæ reliquit, totã & integram legitimã reliquiſſe videatur (in hanc enim rem iam lata fuerat *l. omnimodo. eod. tit.* quæ tamen locũ non poteſt habere niſi in obſcura teſtatoris voluntate, vt proximè diſputauimus) ſed hunc ſenſum habet vt eam quantitatem, quæ pro legitima datur, putè & ſine onere vllo præſtari oporteat, quia purè & omnimodo debetur. Atqui onus illud teſtamento adſcriptũ, vt filius cui aliquid pro legitima relictũ eſt, nihil præterea petere poſſit, non legitimæ onus eſt ſed perſonæ, quia nec legitima portio vlla eſt quandiu nõ eſt integra, cùm ex legibus integra & ad vnũ vſque numum certa debeatur. Priùs autem legitimam eſſe & cõſtitui neceſſe eſt, quàm de legitimæ onere tractetur. Denique, quod nec interpretes, nec pragmatici obſeruat, nullo caſu lex dat legitimã filio, ſed eam per patrẽ dari vult, niſi cùm eadem lex bona patri adimit, atq; ita impedit ne legitimã filio dare ille poſſit, vt in *l. vlt. D. de bon. damn.* Itaque dicitur portio ex legibus debita ſe licet à patre non legibus data. In eóque differt legitima, de qua tractamus, à quarta illa, quam ex Pij conſtitutione dari neceſſe eſt filio adrogato in bonis adrogatoris *l. ſi adrogator 22. De adopt.* Illa enim nõ à patre, ſed à Pio datur, & æs alienum verè eius. Non autẽ valdè diſtat is qui pro legitima trecentorum relinquit centũ ea lege, vti ne quicquam amplius petatur ab illo qui profitetur nulla ſe legitimã velle relinquere, aut qui nihil omnino pro legitima relinquit: quod euenire poteſt etiam inſtituto filio ex aliqua aſſis parte, vtputa ſi is qui habebat quadringenta in bonis cùm centũ deberet, inſtituerit filiũ ex quadrante, ita tamen vt ad eum totius æris alieni onus pertineret. Sic enim fit vt neque ſe præteritũ dicere hic filius poſſit qui ex quadrante inſtitutus eſt, neque tamẽ legitimã habeat qui quantũ eſt in portione hereditaria, tantundẽ æris alieni cauſſa exſoluere cogatur. Proinde verũ eſt nullã huic filio legitimã relictam eſſe, nec omnino quicquam pro legitima, & cõſequenter non poſſe locũ fieri cõſtitutioni, quæ eum cui aliquid minùs legitimæ relictũ eſt, vult agere ad ſupplementũ. Nam ne quidẽ intellectu percipi poteſt vt ad ſupplementũ agat is, cui nihil relictũ eſt, aut qui ex aliqua aſſis parte ſic inſtitutus fuit, vt nec nummũ vnum ex inſtitutione cõſequi vnquã potuerit. Etſi poſterius hoc paulò difficilius eſt, quia neque as, neq; pars vlla aſſis per æs alienũ minuitur, cùm ſit nomẽ iuris. Sed tamen nõ eſt conſequens vt cui pars aliqua aſſis relicta eſt ei legitima vlla relicta videatur, quandoquidẽ legitima in emolumẽto & cõmodo, nõ in iure cõſiſtit. Nos aute de legitimæ ſupplemẽto tractamus. Ergo quẽadmodũ nulla Iuſtiniani lege factũ eſt, quominus queri de inofficioſo poſſit is cui nihil omnino relictũ eſt, ſed ei tantùm adépta eſt querẽdi facultas qui ex veriſimili teſtãtis volũtate agere poteſt ad ſupplemẽtũ quaſi ex teſtamẽto. Ita fatẽdũ eſt, meo iudicio, eũ cui teſtator nõ ſolùm minus dedit q̃ dare deberet, ſed ea lege etiã dedit ne quid amplius petere poſſet

id est eo animo, vt fraudem faceret in legitima, *ius habere proponendæ querelæ de inofficioso testamento, nec posse ad supplementum agere* contra testantis expressam voluntatem, licèt aliter Iustiniano ipsi visum esse non ignorem: vt superiore capite à nobis tractatũ est. Neque enim potuit Iustinianus fauere ei qui vltrò iniuriam legibus inferre voluerit, nunquam enim testatore liberalior lex esse aut potest aut debet *l. debitor 19. ad fin. principij D. ad S.C. Treb.* sed ei demùm de cuius pia erga filium voluntate bene suspicari verbis testamenti non refragantibus, & liceret & oporteret. Hoc verò si ita est, planè fit consequens quod volumus, vt filius qui patris iudicium licet impium & iniquum semel agnouit, summoueatur à querela, quamuis si ad supplementũ agere aliquando potuisset, ab ea supplementi petitione non idcirco submoueretur. Quo enim vtilior & commodior est filio querela inofficiosi testamenti, quàm actio ad supplementum, eo facilius illam amittit quàm hanc, quia & illa longè odiosior, hæc multò fauorabilior est.

ERROR DECIMVS.

De supplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum est.

OCCVRRIT quotidie hæc quæstio, si tamen in ea re quæ interpretum & pragmaticorum omnium vnanimi consensu receptissima est locus vllus quæstioni relictus videri potest. Omnes enim clamant filiam cui aliquid pro legitima datum sit in pecunia viuo patre, (solent verò dotes quæ à parentibus dãtur, vt plurimùm esse pecuniariæ) si non integram legitimam consecuta sit, & defuncto quandoque patre ad supplementum agere velit, cogẽdam esse supplementũ illud petere in pecunia, nec audiendam si petat in corporibus bonorum: quoniam, inquiunt, supplementum non potest non eiusdem naturæ & conditionis esse, cuius est idipsum quod suppleri debet, ne vna eadémque res diuerso iure, diuersáque forma censeatur. Atqui legitima quæ supplenda est cœpit esse pecuniaria, quoties pecunia pro omni legitimæ iure, vt fit, data est. Pecuniariũ igitur supplementũ quoque esse necesse est. Atque ita ratiocinatur & concludit post alios *Guid. Pap. in quæst.* Errant verò, si nõ ego fallor, euidentissimè. Erroris autẽ occasio inde proficiscitur quòd pro certo & constanti habent, posse fieri ex patris filiique voluntate, vt viuus pater legitimam det filio, nec aliam rationẽ constituunt eius quantitatis, quæ in dotẽ aliámve quamlibet causſam data sit pro legitima abs viuo patre, & illius quam patris iam defuncti heres filio soluerit eo tempore quo de legitima tanquam verè debita tractari, eáque solui potest. Quam sententiam falsissimam, & ab omni iuris ratione alienam esse probauimus iam sæpiùs in superioribus, præsertim *cap. 4. & 5. Decadis proximè præced.* Cùm enim legitima nihil aliud sit quàm pars quædá portionis ab intestato cõtingentis, nõ magis fieri potest vt legitima vlla debeatur viuo patre, at ne quidẽ intellectu percipi possit, quàm vt de viuentis patris successione & hereditate quæ nulla sanè est tractetur *l. 1. D. de here. vel act. vend. l. § si cũ impubere. D. de coll. bono.* Ergo aut ponimus filiã quę doté pecuniariã accepit pro legitima renuntiasse paternæ successioni adeóque legitimæ portioni, aut non renuntiasse. Si renuntiauit, aut adhibito

iureiuran-

Digitized by Google

iureiurando renuntiasse aut sine iureiurando. Nulla interueniente renuntiatione, omnes fatentur solam dotis perceptionem non excludere filiam, quominùs mortuo patre legitimam petere possit, sed hactenus duntaxat filiam obligari, vt dotem quam accepit in legitimam imputare debeat ex *l. quoniam nouella 29. C. de inoff. test.* Dico autem posse eam petere legitimam non legitimæ supplemẽtum, quia cùm legitimę petitio integra maneat salua dotis acceptæ imputatione nihil est quod de supplemento tractari possit. Supplemẽto enim tunc demum locus est, cùm iam pars aliqua legitimæ soluta est. Pars verò legitimæ solui non priùs potuit quàm aliqua esset legitima, nec rursus aliqua, vt diximus, legitima deberi aut constitui in bonis patris viuentis. Nec quod accepta dos pecuniaria in legitimam portionem imputanda est, facere debet vt idcirco pars legitimæ aliqua iam soluta videatur. Nam neque de dote in legitimam imputanda antè quæri oportet, quàm de ponenda legitimæ ratione agatur, quæ tamen nisi defuncto patrefamilias poni nullomodo potest: neque solutio facta priusquàm legitima deberetur potest in legitimę solutionem cedere, licèt tantò minùs filiæ debeatur mortuo patre, non propter solutionem, sed propter imputationem: quæ quandiu facta non fuit, verum est legitimam integram & deberi & peti posse. Fit enim illa imputatio non ipso iure, sicut nec ipso iure dos petitur aut soluitur, sed petente eo ad cuius onus pertinet, vt legitimam soluat, in eóque differt solutio iam facta ab imputatione facienda, quòd qui factam solutionem allegat, contendit iam se tantò minus debere: siquidem solutione tollitur omnis obligatio: Qui verò allegat imputationẽ faciendam, fatetur è contrario se adhuc totum debere, sed vt minùs mox debeat vult fieri imputationẽ Denique imputatio facienda cedit quidẽ loco & vice solutionis, sed faciendæ non iam factæ quẽadmodũ & imputatio iam facta cedit loco iam factæ solutionis. Et verò cùm interpretes & pragmatici omnes consentiant deberi legitimam filiæ non in pecunia, sed in corporibus bonorum, quia certa quota est & quidem bonorum non hereditatis, quomodo fieri obsecro potest vt pars aliqua legitimæ soluta videatur ob dotis pecuniariæ solutionẽ eo tempore factam, quo nulladũ legitima debebatur? Fateor posse aliud pro alio solui volenti creditori: sed hoc contendo necesse omnino esse vt creditor iam tum sit is cui soluitur, nec fieri posse vt aliud pro alio nondum debito, licèt posteà debendo solutum volenti, pariat liberationem, quia nec si idipsum quod debitum iri speratur solueretur, contingeret tamen liberatio, si non in diem certam sed in incertã debitũ fuit, quale illud est quod legitimę debitũ appellatur: Debetur.n. in diem mortis patris qui dies incertus est *l. stipulatio ista 38. §. inter incertã. de ver. oblig. l. qui promisit 48. de cond. indeb.* iunct. *l. dies incertus 75. de condic. & demonst. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* Quod si ita est, vt non minus tota legitima defuncto patre debita dici debeat, quòd pecuniaria dos à viuo patre accepta in legitimam imputanda sit, illud sanè fit consequens vt de supplenda legitima tractãdum nihil sit, sed de ea soluenda siue per numerationẽ aut diuisionem &tra litionẽ ea solutio tota fiat, siue ex parte per imputationẽ. Proinde negari non potest, quin hoc saltem casu satisfieri filiæ oporteat in corporibus bonorum, acsi nulla dos aut non in pecunia esset data, quando & sic Iustinianus expressim constituit, vt legitimæ repletionẽ quomodo ille vocat in corporibus rerũ hereditariarum fieri necesse sit, *l. scimus 36. §. repletionem C. de inof. test.* Porrò non aliud dicendum est si ad dotis pecuniariæ perceptionem

Digitized by Google

acceſſerit non iurata filię renuntiatio. Nemo enim eſt qui non fateatur renunciationes iſtas non valere, vtpote iure ciuili prorſus improbatas, pontificio verò non aliter admiſſas quàm ſi iurisiurandi vinculo & religione ſuſtineantur *cap. quamuis pactum. de pact in.6.* Solus igitur caſus ille dubitationem admittere poteſt, quo legitimæ renuntiatio facta per filiam in pecunia dotatam iurata proponatur, & ſubinde reſciſſa per in integrum reſtitutionem ex cauſſa immodicæ læſionis, vel alia qualibet. Nam quandiu tenet renuntiatio per quam filia ſit excluſa penitus à petitione non modò hereditariæ ſucceſſionis, ſed etiam legitimæ portionis, ſicuti de legitima quæſtio nulla ſupereſſe poteſt, ita nec de legitimæ ſupplemento. Quid enim aliud eſt ſupplementũ legitimæ, quam ipſa legitima? Atqui poſt reſciſſam renunciationem & impetratam ex ea cauſſa abſolutionem à vinculo iurisiurandi, conſtat in eum ſtatum rem deduci in quo eſſet ſi nulla vnquam renuntiatio facta fuiſſet. Id enim proprium & naturale ius eſt omnium in integrum reſtitutionum. *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio. D. de minor.* Ergo nec hoc quidem caſu legitimæ ſupplementum in pecunia accepere filia cogetur, quia non iam ſupplementum legitimæ, ſed tota ipſa legitima debetur, ſalua dotis in legitimam imputandæ neceſſitate, quemadmodum & ſuperioribus caſibus euenire diximus, id eſt cùm aut nulla interceſſit renuntiatio, aut renuntiationi vinculum iurisiurandi non acceſſit. Nam ſi obiicias nõ fuiſſe reſciſſam renũtiationẽ, neq; verò potuiſſe reſcindi ex cauſa immodicæ læſionis niſi defuncto iam patre, & conſequẽter negari nõ poſſe quin filia etiã poſt mortem patris legitimã habuerit & quidẽ in pecunia, cũ pecuniaria dos eſt quæ pro legitima data fuit, idque ſuperioribus caſibus diuerſum eſſe: Reſpõdebo errare te qui exiſtimes reſciſſa renũtiatione habẽdã eſſe rationẽ aliqua renũtiationis in id vſque tẽpus, quo reſciſſa fuerit. Id enim falſum eſt. cùm è contrario idẽ rerum omniũ ſtatus eſſe debeat qui eſſet nulla vnquam facta renũtiatione, poteſtate ſiquidẽ reſtitutionis tollẽte vim & effectũ adeoque intellectũ renuntiationis. At ſi nulla facta fuiſſet renũtiatio, verũ eſſet nullo tẽpore filiã habuiſſe legitimam portionem, tametſi dotem à patre ſiue in pecunia ſiue in corporibus pro legitima accepiſſet: ideoq; legitima tota in corporibus bonorũ peti poſſet ſaluadotis imputatione, quia nõ de ſupplemẽto legitimæ, ſed de tota ipſa legitima quęreretur, vt diximus. Idem ergo admittendum eſt, etiãſi renuntiatio aliqua licẽt iurata & valida præceſſerit, ſi modò poſteà reſciſſa ſit per reſtitutionem. Sed etſi poneres ſubſiſtente renũtiatione iurata poſſe locum eſſe quæſtioni de ſupplemento legitimæ, quomodo putant interpretes & pragmatici plerique eo caſu quo patris facultates auctę ſint à tẽpore renũtiationis, quaſi de iis bonis quæ ſuperuenerunt cogitatũ nõ fuerit tùm cùm renunciatũ eſt, iuſiurãdũ aut nõ debeat protrahi ad incogitata, nihilominùs idẽ adhuc iuris eſſe defendã: quia vt iã ſæpe ac ſæpius inculcauimus ſempérq; memoria repetendũ eſt, renũtiationes huiuſmodi quantũlibet iuratæ tacitã, eánq; neceſſariã & inſeparabilem habent cõditionem, ſi hereditas aut legitima portio cui renuntiatũ eſt deferetur, quãdoquidẽ nec fieri nec intellectu quoq; ipſo vllomodo percipi põt vt excluſio præcedat delationẽ, & vt renũtiatio valere poſſit eius iuris quod necdũ delatũ eſt nec vnqua fortaſſe deferetur. Quid enim ſi filia quæ ſtipulãte patre renũtiauit, ante patrẽ deceſſerit? An nõ morte priùs quàm renuntiatione excluſa intelligetur? Semel verò excluſa per mortẽ, fierine põt, vt patre poſteà moriente excludatur iterum illa per renuntiationem? Minimè verò. *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. l. Gallus 39. §. in omnibus. de liber. & poſth.* Illud

namque obſeruandum eſt quod & interpretes fatentur poſt *Bart. ad l. 1. §. ſi l. is poteſt* 18. *de acquir. hered.* illis renuntiationibus non tam ſpem futuræ hereditatis aut legitimæ portionis, quàm hereditatem ipſam aut legitimã portionẽ ceſſam remiſſamque intelligi, vnde & illud euenit vt reſcindi poſſint ex cauſſa immodicæ læſionis, quod fieri non poſſet ſi ſolius ſpei quæ ſemper prorſus incerta eſt, ceſſio & renuntiatio facta videretur. Itaq; tametſi renuntiationis ſtipulatio quæ fit à viuo patre præcedat delationẽ quam lex nõ niſi mortuo patre facere & ſolet & poteſt, non priùs tamen vires ſues exerit, vllúmve effectum habet quàm delatio fiat, eodémque ipſo inſtanti quo delatio fit per legẽ, id eſt ſtatim atque pater mortuus eſt nullo intermedio inſtanti, ſuccedit poteſtas renuntiationis ad filiam excludendam, arg. *l. ſi Stichũ* 8. §. *ſi quis ita. & l. quoties* 14. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Igitur dotis ſolutio quæ à patre viuo facta eſt pro legitima ad extorquendã à filia renuntiationem, non poteſt facere vt filia legitimã à patre viuo habuiſſe exiſtimetur: Nec rurſus vt pars aliqua legitimæ poſt mortem patris ſoluta eſſe, aut ad filiã peruenìſſe videatur: quia cùm dos à viuo patre promiſſa, & tam ex promiſſione quàm ex paterno officio debita fuerit priùs quàm ſolueretur, non aliud videri poteſt ſolutum quàm quod debebatur, id eſt dos ipſa quæ tam tum deberi cœperat, nõ etiam legitima quam viuus pater nec debuit, nec tametſi voluiſſet, debere vnquã potuit quandiu vixit: Ac proinde non debet ea ſolutio facere vt defuncto patre pars aliqua legitimæ ſoluta dici poſſit. Etſi enim non ignoro poſſe vnicam ſolutionẽ & numerationẽ proficere in plures cauſſas, & ad plures diuerſæ ſpeciei obligationes tollẽdas, *l. in numerationibus D. de ſolut.* Id tamen tunc rectè dicitur cùm ſolutionis & numerationis tẽpore vtraq; cauſſa ſubeſt in quã proficere poſſit ſolutio, vt euenìret in propoſito ſi quẽadmodũ dos ita & legitima à viuo patre deberetur, iure ſcilicet ſic cõſtituto, vti cõſtitutũ eſt, vt dos in legitimã debeat imputari: Nã & id euenit ſi ponas ab herede patris ſolutã eſſe pro filia dotẽ pro legitima quã in bonis patris habere filia poſſet, quia ſcilicet iã tum eo tẽpore nata legitimæ petitio eſt, nec minùs legitima, quàm dos ipſa deberi cœpit. At cùm dos à patre ipſo ſoluta eſt licèt in eã expreſſim cauſsã vt legitimæ loco cederet, aut, quod nõ valdè diſtat, vt in legitimã imputaretur, verũ eſt factã fuiſſe ſolutionẽ eo tẽpore quo nulladũ legitima debebatur, nec poterat deberi. Nõ igitur fieri potuit vt ea dotis ſolutio proficeret ad futurã legitimæ obligationẽ extiguẽdã. Nec quòd filia tamẽ perinde à legitimæ petitione repellatur acſi legitimã ac cepiſſet, mouere nos debet. Repellitur.n. nõ propter ſolutionem, id eſt quaſi ſolutione iã facta legitimæ hoc ipſo quòd ſoluta eſt dos quæ in legitimã imputanda eſt, ſed propter renũtiationẽ, vt ex eo apparet quòd ſi renũtiatio nulla facta eſſet nõ repelleretur, & è cõtrario facta renuntiatione citra vllã dotis perceptionem & ſolutionem, nihilomagis ad legitimæ petitionẽ admitteretur, propter autoritatem ſcilicet renũtiationis: ſi verũ eſt quod noſtris placet pontificiã conſtitutionem ad eas quoq; renuntiationes pertinere quæ nullo accepto factæ ſunt. Quã ſententiã etſi noſtris præcedẽtibus refutauimus, propterea quòd aduerſus renuntiationem ſine cauſſa factam danda ſit exceptio doli cuius æquitas impedire debeat poteſtatem iuriſiurandi, poteſt tamen facilè fieri vt renuntiatio futuræ ſucceſſionis & legitimæ portionis iuſtam aliquã cauſsã habeat, nec idcirco ſolutio vlla facta ſit propter quã videri poſſit aliqua ex parte ſublata legitimæ obligatio: Finge aliquid à patre dotatum

filiæ inter viuos ſine onere imputationis, & nulla facta legitimę mentione, ad extorquendā tamen filiæ renuntiationē ne legitimā ipſam petere aliquādo poſſit. Valebit vtique renuntiatio, quia cauſſa habet, nec legitima petere vnquā filia poterit, & tamen nihil eſt ex quo poſſit argui legitimæ partem ſolutam eſſe vllam. Nō ergo valet cōſecutio, ſi ex eo quod filia quæ tacitè renūtiauit excluſa eſt à legitima, inferre quis velit legitimam eſſe ſolutam aut haberi pro ſoluta ſiue viuo ſiue mortuo patre agatur de legitima ex iis bonis præſtanda, de quibus non fuit cogitatum tempore renuntiationis. Quin potiùs dicendum eſt cùm ob renuntiationem legitima nulla prorſus debeatur in iis bonis quę renuntiationis tempore patris fuerunt, eam quę nunc petitur ex facultatibus poſteà acquiſitis, legitimam totam eſſe quantacunque debetur, nō legitimæ ſupplementum. Cuiuſnam enim legitimę ſupplementum eſſet, cùm neque alia legitima vlla, neque aliud quicquam pro legitima vel debitū anteà fuerit, vel nunc debeatur? Idque ſiue dos quæ renuntiationē expreſſit, data ſit pro legitima, aut quod idem eſt, nulla imputationis mentione facta, ſiue illa etiam ſi voles lege, vt in legitimam dos nō imputetur. Nihil in patris intereſt an dos in legitimam imputanda ſit necne, quoties à futuræ legitimæ petitione filia per renūtiationem ſubmouetur. Imò implicat cōtradictionem vt de dote in legitimam imputanda cōueniat, eo caſu quo id agitur, per pactū de non ſuccedendo vt à legitimæ quandoque petendæ iure filia excludatur. Quamquam ſi verū amamus fieri certè nullomodo poteſt vt filia quę futuræ ſucceſſioni & legitimę portioni vtiliter renuntiauit, id eſt adhibito iureiurando, ſaluā habere poſſit aut legitimæ aut ſupplementi petitionem, propter auctas ex poſtfacto patris facultates, niſi reſciſſa priùs renuntiatione: quoniā cùm renuntiatio ſiue hereditatis futurę, ſiue legitimæ portionis neceſſariò referenda ſit ad tempus illud, in quo de hereditate aut legitima portione tractari demum poteſt, id eſt ad tempus mortis patris, & proinde eo ipſo inſtanti in quod confertur facta intelligi debeat, *l. quod ſpōſæ 4. c. de donat. ant. nupt. l. in fugā 6. c. ad leg. falc. de plagiar. l. in tempus 62. de condic. & demonſtr. l. eum qui poſt 104. de condic. & demonſtr.* Non video qua ratione aut qua fronte poſſit dicere filia quæ renūtiauit ſe nō cogitaſſe de bonis quæ pater à die renuntiationis in diem vſque mortis eſſet acquiſiturus. Planè eadem ratio facit vt eorū quoque bonorū quæ medio tēpore acquiſita ſunt quātitas inſpiciēda ſit in æſtimanda legitima ſi fortè filia mortuo patre volet in integrū reſtitui aduerſus renuntiationē ex cauſſa immodicæ lætionis, vt probauimus *decade ſuper. cap. 5.* Sed quæ ratio prębet filię materiā reſtitutionis ob lætionem immodicā, eadē repellere filiā debet tā à legitima quàm à legitimæ ſupplemento ſi agat nō reſciſſa renūtiatione. Nullóne igitur caſu poterit cogi filia vt legitimę ſupplementū accipiat in pecunia numerata nō in corporibus bonorum? Vno, aut altero. Si fortè pater legauerit filię, aut vt loquimur, ei reliquerit titulo inſtitutionis certā pecuniæ quantitatem ſimpliciter nec adiecta prohibitione ne quid prætereà petere poſſit. Nā ſi filia relictū agnouerit ſimpliciter, adeóq; apochā cōſcripſerit, ſaluā nihilominùs habet petitionē ſupplementi, *d. l. ſi quādo. §. & generaliter. C. de inoff. teſtam.* Itē ſi filia quæ dotē in pecunia habuit, poſt mortē patris aliquā dotis partē in pecunia ab herede patris acceperit: his enim caſibus verū eſt legitimā in pecunia ſolutā cæptā eſſe, potéſtque locū habere ratio illa interpretū & pragmaticorum, ſupplementū eiuſdē naturæ, cōditionis, & formæ eſſe debere, cuius & id cuius ſupplementū eſt. Quāquam Iuſtinianus *in d. §. repletionē*, vbi conſtituit vt repletio legitimæ

fiat in corporibus bonorum, non distinguit an legitima in corporibus bonorum an in pecunia numerata solui cœperit. Qua de causa nec valde, nec indicio, à Iustiniani mente is aberrauerit qui dixerit indistinctè & generaliter, in corporibus bonorum non in pecunia repletionem fieri debere: Præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria heredi, interest autem quàm maximè filiæ vt ex corporibus rerum paternarum aliquid habeat potiùs quàm pecuniam. De quo dicemus latiùs in *errore secundo Decadis sequentis*. Sanè inspecto iure vetere non puto idem dici posse. Satis enim erat olim ad excludendam querelam inofficiosi testamenti, quòd quarta pars bonorum, id est substantiæ defuncti ad eum peruenisset cui legitima debebatur, siue in corporibus, siue in pecunia, aut qua alia ratione quartam illam habuisset, vt ex eo colligi potest quod poterat cogi vt & quartam & quartæ fructus sibi conficeret ex fructibus hereditatis quam alij restituere rogatus esset, *l. Papinianus* 8. §. *vnde & si quis. de inoff. testam. l. mulier* 22. §. *cùm proponeretur. D. ad SC. Trebell. l. iubemus* 6. c. *eod.* quod non similiter hodie obtinet, postquam placuit legitimam in corporibus bonorum dandam esse. Consequens enim est vt ex fructibus confici nunquam possit, quomodo conficitur Trebelliánica extra liberos primi gradus, *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad S. C. Trebell. iunct. d. l iubemus.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS DECIMA QVINTA.

ERROR PRIMVS.

Si certa pecuniæ quantitas in diem certum soluenda testamento data sit pro legitima.

SI pater filio aut filiæ nondum nuptæ certam pecuniæ quantitatem institutionis titulo reliquerit (id enim sicut sufficere, ita & necessarium esse nostri arbitrantur, contra quos satis supérque in superiori Decade disputauimus) soluendam post certum tempus, hoc tamen adiecto, vt sit pro legitima & omni legitimæ iure, quæ sunt vulgaria hodiernorum testamentorum verba, frequentissimé quæritur, an possit relictum peti statim non expectata die, quam testator adscripsit: eáque sententia pragmaticis probabilior videtur vt possit: Ratione illa, quòd ex Iustiniani constitutione in *l. quoniam in prioribus*

32. *C. de inoff. testam.* ita ius est vt legitima neque diem recipere possit, neque conditionem, sicut nec aliud vllum grauamen. Quantitatem.n. sic relictã, vt diximus, nihil aliud quàm legitimam esse ipsa testamenti verba probant quibus expressum est eam pro legitima & omni legitimæ iure datam esse. Mihi contra semper visa est iniqua hæc sententia, quæ abhorret euidenter à testatoris voluntate. Nam licet portionem ipsam legitimam, aut quantitatem quæ portioni legitimæ respondeat, statim & nulla adiectæ diei aut cõditionis habita ratione præstari conueniat, nec ea moram vllam admittere possit, eo tamen adhuc incerto & dubio, an illa quantitas quæ in diem certam relicta est legitimam superet, nécne, & quid quantúmque sit in legitima, cur obsecro inducimus diuisionem voluntatis, vt testatori credamus in eo quod dixit se pro legitima quantitatem hanc relinquere, non credamus autem in eo quod minoris legitimam æstimauit, quàm vt relictæ quantitatis saltem ex parte solutioni diem adiicere prohiberi se putaret? Quid enim si detracto etiam interusurio medij temporis, & consequenter tanto minoris æstimato eo quod relictũ est, plus tamẽ relictum appareat quàm opus sit ad integrã portionem? An non fiat iniuria testatori & eius heredi si tota illa quantitas purè & statim detur quam in diem dari testator voluit? Sic.n. euenit vt liberaliores simus testatore, & plus quàm ille dederit demus ei cui ipse iusta computatione patrimonij postquam iudicio non solùm integram legitimam reliquit, sed etiam longè plus quam relinquere debuerit: quod sanè absurdum fuerit *l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell.* Nam nec cogi potuit testator vt quicquam amplius quàm legitimam ei purè relinqueret. Sed & idem ipse Iustinianus qui legitimę petitioné nulla mora suspendi voluit *dict. l. quoniam in prioribus*, constituit tamẽ vt si plus quàm legitimam testator reliquerit, & onus relicto adscripserit, rejiciatur quidem onus ad concurrentem vsque legitimæ quantitatem, sed pro ea partẽ quę excedit, voluntati testatoris omnino satisfieri oporteat, *l. vltim. §. cùm autem C. eod tit. De inoff. test* Prius ergo est vt sciatur an quod relictũ est legitimam excedat aut non, quàm vt à tota quantitate, quę relicta fuit, onus diei a necte, aut aliud quodlibet reijciatur. Interim autem, id est incerto eo necdum benè explorato, quia nec sciri potest, quin iusta totius patrimonij cõputatio meatur, quid est quod melius dicere & constituere possimus, quá vt testantis voluntati stetur? Dies igitur quá testator solutioni præscripsit, expectada erit, nec iniuria videbitur fieri legitimario (sic.n. vocare libet eũ cui legitima debetur, quisquis tandẽ ille sit) cũ si quid incõmodi est, vt sanè est, in mora medij tẽporis, totũ id non modò cõperietur cũ eo quod plus in relicto esse creditur, quia futurũ erat si legitima sola sine diei adiectione data fuisset. (Cõpẽsationẽ.n. hanc quá ius vetus poterat admittere, Iustinianus sustulit induxitq; diuisionẽ voluntatis) verũ etiã fructuũ legitimæ ex die mortis præstãdorũ necessitate (vbi de legitimæ quãtitate cõstiterit) sarciatur. Ac sanè in dubio credẽdus est testator præsertim pater id cõsilij cepisse, quod & legibus & pietatis officio congruẽtius videatur: nec quicquã causæ est cur suspicemur totã eá quantitatẽ quæ pro legitima in diẽ certã relicta est, respõdere portioni legitimæ sublata quoq; diei adiectione. Nã quod testator dixit, ea se quantitatẽ pro legitima relinquere, accipiendũ est cũ suis cõdicionibus, & vt loquũtur, qualitatibus, si testatoris volũtatẽ spectare volumus, id est, ita tamẽ vt in eá ipsam diẽ quam testator præscripsit, nec citiùs fiat solutio: Aut vt si statim nec expectata die ea quantitas præstetur, lõgè plus in relicto quàm in legitima esse intelligatur. Ergóne, inquies, in bonis defuncti patris interea fi-

Digitized by Google

lius habebit nihil? Ita prorſus. Eſt.n.quod ſibi imputet cur agnouerit relictũ tantiq; ęſtimauerit,legitima interim carere, vt tanto amplioré quantitaté ex teſtamento,ac proinde ad diẽ teſtamento dictã(ſi non priùs taxata eſſet legitimæ quãticas)cõſequeretur.Potuit.n.ſi morã ſibi in legitima fieri nolut defuncti voluntaté abijcere, ipſamq; legitimã ſtatim petere in corporibus rerũ hereditariarũ,ſi noſtris interpretibus credimus,quibus tamẽ an hac in re credendũ ſit,ſequenti capite dicemus. Nã ſi quis dicat,quod ego probabiliùs arbitror,nõ licere legitimario cui pecuniã pro legitima, quãtum ſatis eſt,teſtator dedit,repudiare voluntaté, & legitimã petere in corporibus bonorũ, nimis ſanè iniquũ & inhumanũ eſſet ſi legitimarius diẽ à teſtatore præſcri prã pro tota legitima expectare cogeretur,tametſi ſpẽ haberet recuperãdorũ aliquando fructuũ à die mortis pro ea quantitate quã legitimæ iure debitã eſſe cõſtaret. Cur.n. patiamur nihil eũ interim habere, cui aliquid omnimodo iã deberi certũ eſt? Quãqua remedij loco induci poſſet vt ei ſumptus heres præſtaret,qui & alimẽtis eſſent neceſſarij,& legitimę taxãdę: cuius ſanè taxatio, &,vt loquũtur,liquidatio,vt plurimũ magnos litiũ anfractus, ingẽtémq; expenſarũ materia ſecũ trahit. Neq; verò in eo quicquã abſurdi eſt. Idẽ.n.vſuue nire etiã ſolet cũ exheredatus eſt filius, & querelã moſficioſi teſtamenti exercere cogitur,*l.inſtituta.§.de inofficioſo. D.de inoff.teſt.* aut cũ alia de cauſſa patitur cõtrouerſiã vniuerſorũ bonorũ,*l.vlt.C.de ordi.cogn.* Nec ſanè aliud quicquã eſt quod melùs dici poſſit. Omnino.n.& neceſſariò diſcutiendum eſt ad quã vſq; quantitatẽ aſcẽdat legitimæ cõputatio,vt ſciatur pro qua relicti parte dies ſolutioni dicta reijci debeat, pro qua etiã parte retineri. Aperta.n.eſt Iuſtiniani cõſtitutio nolentis adiectæ diei vllã rationẽ haberi quantũ ad eam partẽ attinet,quæ pro legitima debetur,haberi autẽ pro reſiduo *d.§.cùm antẽ l.vlt.C.de inof.teſt.* Cuius cõſtitutionis manifeſta ratio illa eſt,quod nõ ſicut legitimæ conditio deterior,ita nec melior fieri poteſt: Nihil.n. vetat aliquid relinqui ſupra legitimã,licèt minùs legitima relinqui nõ poſſit. Itaq; poſtquã cõſtiterit amplius relictũ eſſe,quàm pro legitima neceſſe eſſet,in eo quod excedet,voluntatẽ teſtatoris ſeruabimus,nec legitimariũ ante diẽ agere volentẽ audiemus:in reliquo diẽ ſolutioni dictã pro nõ adiecta habebimus:& fructuũ legitimæ ex die mortis præſtandorũ obligationẽ inducemus. Neq; nocebit eo tẽpore, quòd legitimarius relictũ agnouerit, quãdoquidẽ ea diei adiectio per legẽ reiicitur,nec poteſt videri cõtra leges facere, qui eo modo quo lex vult & iubet relinqui, relictũ agnoſcit. Sed quãdiu nõ cõſtat quid & quãtũ ſit in legitima,nec proinde pro qua quãtitate dies adiecta ſit cõtra leges dico nõ poſſe interim recedi à teſtatoris volũtate,quia nihil eſt quod melius dici poſſit,deficítq; intereà legitimario nõ ius petẽdæ ſtatim legitimę,ſed probatio eius quotæ bonorũ,quæ legitimã portionẽ cõſtituat. Scio pleriſq; pragmaticis qui inſigniores æquitatis arbitri videri volũt,placere hoc tẽperamẽtũ,vt cautionib° res expediatur,id eſt,vt filio totũ id quod relictũ eſt itatĩ præſtetur nulla diei habita ratione,in ſpeciẽ fiducię,& vt loquũtur,p modũ prouiſionis, cũ eo tamẽ vt heredi caueat ſe ſi quid ſupra eã quantitatẽ acceperit quàm pro legitima debeatur,repręſentatæ pro ea parte ſolutionis incõmoda ſarciturum arg.*l.1.& tot.tit.ſi cui plus quàm per leg.falcid.* Sed quæro cur hac in re filio magis quàm teſtatori ipſi præſertim patri faueamus? Nam etſi filiũ patet exheredaſſet inſerta cauſſa iuſta quidem, id eſt à Iuſtiniano adprobata, ſed non vera, quandiu de facti veritate quæreretur,in eámque rem querela inofficioſi teſtamenti exerceretur, nihil tamen interim filio deberetur

præter sumptus in caussam litis & alimentorum necessarios: cur ergo in proposito quandiu incertum est quid & quantum filio debeatur, voluntatem testatoris omnino contemnemus, nullámque prorsus adiectæ dilationem habebimus? Aut cur non æquè cõsulamus heredi parato cauere, se eius quantitatis, quam pro legitima debitam fuisse tandem constabit vsuras vice fructuum ex die mortis restituturum? Nam & ita fit vt indemnis filius seruetur cui interim, vt diximus, necessarij sumptus subministrantur, & testatoris iudicio quantum per leges licet, pareatur. Denique numquam debet quis vincere ob id solùm quòd satisfacere paratus sit si aliam vincendi caussam nullam habeat. Lõgéque alia ratio est cautionis quæ præstatur ex edicto, Si cui plusquàm. Prodest enim illa legatario ad totum legatum interim cõsequendum, quia habet ille pro se testatoris voluntatem, quam hic non habet nisi contra se is qui legitimam in diem relictam totam petit ante diem. Probarẽ magis vt in iure interrogaretur heres, quanti legitimam portionem quæ peteretur æstimaret; eamque ipsam quantitatem quam diceret (neque enim nullam omnino dicere posset) statim præstaret, habita etiam ratione fructuum aut vsurarum ex die mortis: Pro reliquo autem finis euentúsque iudicij expectaretur, nulla ex parte interponendis cautionibus. Quid enim periclitari potest filius cui in reliquas res hereditarias parata semper erit actio? Quid rursum heres qui nomini eam quantitatem præstet, quam à se pro legitima debitam esse fateatur? Nudam sanè repromissionem hinc inde interponi nihil vetat, propter incertum quantitatis quæ pro legitima minor maiórve deberi potest, & propter fructus quos ab altero alteri reddi oportebit si data quantitas iustę portioni legitimæ non omnino respondeat. Non idem erit si quid pro legitima purè sit relictum ei qui relicto non contentus, & repudiata testantis voluntate malit legitimam petere in corporibus bonorum. Tantisper enim dum quæretur de quantitate legitimæ & bonorum ex ea caussa tradendorum, si legitimarius relictum petat repromissa restitutione aut imputatione, itemque fructuum aut vsurarum ad concurrentem vsque quantitatem compensatione, nihil caussæ est cur non sit audiendus, cùm habeat pro se defuncti voluntatem, quam heres impugnare non potest, & cui interim stari necesse est, nullo tamen ex ea re præiudicio alterutri generando. Eóque iure passim vtimur. Scilicet ex pragmaticorum sententia qui putant eum qui ex re aut quãtitate certa institutus est pro legitima posse id quod sibi relictum est repudiare, & legitimã in corporibus bonorum petere ac obtinere. Quod tamen an verum sit, aut potiùs cur verum non putemus (iam enim diximus nobis id non probari) paullo fusiùs tractandum est.

ERROR SECVNDVS.

Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem quæ pro legitima relicta est, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum.

NIHIL in praxi & in tribunalibus certius est & receptius, quàm quod nos hoc capite probabimus, ni fallimur, esse falsissimum & à iuris ratione prorsus alienum: Id scilicet quod pragmatici post interpretes

terpretes putant, Eum cui aliquid pro legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum, cogi non poſſe vt teſtatoris iudicium agnoſcat, etiamſi quod relictum eſt ſufficiat ad legitimam portionẽ, ſed poſſe, ſi malit, repudiato eo, quod ſibi relictum eſt, legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum. Pro qua ſententia non habent illi aliud quod proferant, niſi conſtitutionem Iuſtiniani in *l. ſcimus 36. §. repletionem. C. de inoffi. teſtam.* qua cauetur, vt legitimam cui aliquid deſit, ex ipſis corporibus bonorũ repleri oporteat. Si enim repleri, cur non & totam conficere? Addunt etiam intereſſe quam maximè eius qui legitimæ petẽdæ ius habet, vt eam habeat in corporibus bonorũ potiùs quàm in pecunia numerata, quæ ſcilicet facilius amittitur, nulloſque ex ſe fructus parit: legitimæ verò conditionem nullomodo deterioré fieri poſſe, ne qui dẽ teſtamento *l. quoniam in prioribus 32. eod.* Ego verò illud primum admitti volo quod omnes fatentur iuris veteris rationem huic ſententiæ repugnare, dicturus poſtea an, aut in quo ius illud ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſit immutatum. Nam vt iure ciuili teſtamentum vſque adeò firmum eſſet ne per querelã inofficioſi re ſcindi poſſet, nihil aliud requirebatur, niſi vt legitimam integram haberet ille qui de inofficioſo aliquã conqueſturus fuiſſet dummodò haberet ex ſubſtantia defuncti, adeoque occaſione & ob perſonam defuncti, licèt non ex ipſius ſubſtantia, vt puta ſi quid filio, patris contemplatione ab extraneo donatum proponeretur. Vnde etiam fiebat vt ex fructibus quoque rerum hereditariarũ poſt teſtatoris mortem perceptis confici legitima poſſet, ſi tamen ſufficerent ad quartam & quartæ fructus, tametſi non tam hereditatis quàm rebus hereditariis acceptо ferantur, *l. Papinianus 8 §. vnde ſi quis. D. de inoff. teſtam. iunct. l. in fideicommiſſaria 18. D ad S. C. Trebell.* Multò minùs ergo conqueri potuiſſet is, qui legitimam in pecunia numerata ex legato habuiſſet, ſi modò aut inſtitutus fuiſſet, aut exheredatus. Hoc enim ſemper requirebatur ad validitatem teſtamenti, quod aliquin non valuiſſet. Sublata verò conquerendi facultate, appareret non potuiſſe fieri vt ei cui legata eſſet pecunia, liceret repudiare legatum, & legitimam petere in corporibus bonorum. Quo enim iure peteret? An ex teſtamento quo non fuerant legata corpora, ſed pecunia? An verò ab inteſtato ſubſiſtente firmáque manente teſtati cauſſa? Neque ſanè id habet dubitationem ſi tollas iuſtiniani conſtitutiones quæ contrà putandi nonnullam anſam præbuerunt. Videamus ergo quid Iuſtinianus conſtituerit. Hoc vnum in *d. §. repletionem*, vt legitimæ repletio facienda ſit in corporibus rerum hereditariarum. Quod ego pro interpretibus, licèt ipſi aliter ſentiant eo quoque caſu locum habere volo quo id quod pro legitima teſtator dedit, pecuniariũ fuerit: neque enim lex diſtinguit, & conſtat eum ſemper morem teſtatorum fuiſſe qui etiam nunc eſt vt legitimam portionem aut aliquid pro legitima darent in pecunia potiùs quàm in corporibus, ne qua fieret diminutio rerum hereditariarum. Sed an ex eo fiet conſequens vt ſi legitimam integram teſtator in pecunia dederit, licere debeat legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora contra expreſſam teſtatoris voluntatem? Minimè verò: neque de ea verbum vllum eſt in Iuſtiniani conſtitutione. At nec admittendum puto, vt cùm aliquid in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, liceat legitimario quatulumcumque, id eſt repudiare vt legitimam integram in corporibus nancifcatur. Tantum enim abeſt vt illa Iuſtiniani mens fuiſſe videatur, vt is è contrario hoc ipſo quod conſtituit re-

pletionem in corporibus fieri debere, declaret ſatis nolle ſe in eo quod relictum eſt recedi à voluntate teſtatoris, nec proinde rem pro pecunia præſtari. Alioqui non de ſupplemento tantùm ſed de tota legitima loqui conſtitutio debuiſſet. In eóque ſanè à nobis ſuprà indultum eſt interpretibus plus quàm deberemus, ad finem vltimi capitis Decadis ſuperioris, cùm diximus poſſe hoc caſu locum habere quod interpretes & pragmatici volunt, ſupplementum legitimæ eiuſdem naturæ & conditionis eſſe debere cuius & illud in quo legitima ſolui cœpta eſt. Nihil enim hoc neceſſe eſt nec valet conſecutio, teſtator legatum pro legitima in pecunia dedit, ergo ſupplementum legitimæ in pecunia dandum eſt. Nã diſſimilitudinis ratio euidens hæc eſt, quòd ad eam vſque quantitatem quæ teſtamento data eſt ſicut agitur ex teſtatoris expreſſa volũtate. Ita fieri nequit vt cõtra eam voluntatẽ aliud petatur quàm quo i teſtamẽto datum eſt. Pecunia verò data fuit nõ corpus. Pecunia igitur non corpus peti debet nec pro ea legitimę parte lex vllo modo ſe interponit, quia neque neceſſe eſt. At ſupra eam quantitatem manca voluntate teſtatoris, licèt ſupplemẽtum legitimæ petatur quaſi ex teſtamẽto (quia nec ab inteſtato peti poteſt quãdiu teſtamẽtum ſubſiſtit, & ab inteſtato de portione hereditaria quærẽdum eſſet, non de ſupplemẽto legitimæ) neceſſe fuit Iuſtinianum ſe interponere, vt neque fraus legitimæ fieret, neq; eo prætextu quòd legitima integra relicta nõ eſſet, reſcindi teſtamẽtum poſſet. Itaq; voluit Iuſtinianus ſupplemẽtum legitimæ haberi pro dato quod re vera datum nõ fuit: cúmq; nõ poſſet ex teſtamẽti verbis aut ex præſũpta teſtatoris voluntate decidi an in pecunia, an in corporibus dari deberet, placuit debere in corporib. dari, nõ ob id ſolùm quod ea ſentẽtia fauorabilior ſit legitimæ, ſed etiá quia nihil eſt quod melius poſſis dicere. Legitima enim quota portio eſt bonorum à defuncto relictorum quæ quis ab inteſtato eſſet habiturus, ab inteſtato autem non pecuniam pro rebus hereditariis, ſed res ipſas hereditarias pro ſua parte fuit habiturus. Nimirum, quod ad eam partem attinet, quę ex corporibus hereditariis haberi potuiſſet. Nam ſi poneres repertam eſſe in hereditate pecuniam ſicut & fundos, non puto eam Iuſtiniani mentem eſſe vt tota repletio fieri hoc caſu debeat ex fundis, ſed partim ex fundis, partim ex pecunia. Nulla enim fit iniuria legitimario ſi legitima portio ei detur ex rebus ſingulis quæ in hereditate reperiuntur, ſiue in pecunia ſiue in corporibus conſiſtant: nec aliud ſenſiſſe Iuſtinianum credibile eſt niſi vt non ſit in poteſtate heredis ſupplere legitimam in pecunia vt omnia & tota corpora ſibi retineat, ſed teneatur quatenus in corporibus hereditas eſt, eatenus quòd legitimæ portioni deeſt, in corporibus ſupplere. Licèt non ignorem alio iure nos vti ex pragmaticorum erroribus, quibus praxis tota plena eſt. Sed illud etiam multò abſurdius & iniquius eſt quod pragmatici volunt, ſi legitima in corporibus quidẽ hereditariis relicta ſit, ſed tamen in iis quæ ſint ex deterioribus, poſſe relictum repudiari, vt legitima in aliis bonis præſtetur quæ nec ſint ex melioribus, nec ex deterioribus, ſed ex mediocribus. Etſi enim fateor ſi arbitrio boni viri præſtanda ſit legitima, æquiſſimum eſſe illud temperamentum vt in mediocribus potiùs quàm in alio bonorum genere adiudicatio legitimæ fiat, quemadmodum contingit ſi teſtator minùs legitima reliquerit, & de ſupplemento tractari oporteat, cùm tamen pater viri boni officio functus bona ſua inter liberos diuiſit, & quænam pro legitima dari vellet, declarauit, cur aliud melius aut æquius arbitrium requiremus?

mus? aut cur testamento quod valet, nec rescindi vllomodo potest, non stabimus? constat enim vsque adeò fauorabilem esse illam supremi iudicii diuisionem quam pater inter liberos fecerit, vt etiamsi facta sit in minùs solẽni scriptura aut voluntate, eam tamen iudex familiæ erciscundæ sequi & tueri omnino debeat *l. vlt. C. famil. ercisc.* Nec ad rem pertinet quod obiciunt legitimam filio deberi in bonis mediocribus. Id enim falsum est, nec vllo iuris loco probabile. Nulla namque debetur legitima, cùm semel testamento data est, quia nec debetur nisi post mortem, testamentum autẽ fit à viuo patrefamilias, qui si sic testetur vt legitimam integram dedisse dici possit, nullum de legitimæ debito post mortem suam quærendi locum relinquit. Illud igitur duntaxat inspiciendum est an legitimam integram dederit. Porrò non eo minùs integram dedisse dici potest quòd dederit ex bonis deterioribus. Tantò plura enim data esse necesse est vt iusta legitimæ æstimatio cõpleatur arg. *l. si sterilis. D. de reb. eo sub tut. vel. cur. sunt.* Sed etsi quid deesset iustæ computationi legitimæ propterea quòd deteriores fundi dati essent, repleri id deberet arbitrio boni viri, & quidem, vt iam dixi, ex mediocribus quantũ supplementi debiti ratio pateretur, sed nõ eo magis recedendum esset à voluntate testatoris, vt pro bonis deterioribus quæ dedisset, dari mediocria oporteret, ne quidem ad concurrentem vsque deteriorum æstimationem.

ERROR TERTIVS.

De legitima statuto in totum tollenda vel minuenda.

MAXIMA de hac re inter iuris interpretes contentio est, An legitima per statutũ tolli penitus & in totũ possit. Sunt enim qui distinguant inter legitimam quæ descendentibus & eam quæ ascendentibus debeatur vt posterior hæc tolli possit, illa non item, vtpote quæ fauorabiliori iure debita sit, ex voto scilicet patentum, & naturali ratione, non vt hæc solo intuitu pietatis & miserationis *l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. lib.* Aliis placet indistinctè, posse vtramque statuto tolli: aliis denique neutram in totũ tolli, sed tamen vtramque minui posse sicut & augeri, quam sententiam pragmatici nostri magis probant, & passim sequuntur. Ego quæstionem in eo esse arbitror, An statuto fieri queat, vt à legitima intestati successione excludatur is de cuius legitima portione disputamus. Nunquam enim mihi persuadebo, licèt vulgo aliter creditum sit, fieri posse vt ei qui penitus exclusus est ab intestati successione siue per statutum, siue per renuntiationem, legitima vlla debeatur: cùm nihil aliud sit legitima quàm quota portio partis hereditariæ quæ ab intestato competitura esset si testamentum nullum factum proponeretur. *l. quoniam in prioribus 32. C. de inof. testam.* De quo, quia iam satis multa scripsimus in superioribus Decadibus, erimus hîc breuiores, nec eadem repetemus. Illud igitur duntaxat inspiciendum est, an statuto fieri possit vt quis ab intestati successione prorsus excludatur. Et puto vix de eo posse dubitari, quin fieri possit. Ius enim succedendi siue ex testamento siue ab intestato ex legibus est, vt sæpiùs monuimus, ideóque pro legislatorum arbitrio semper aliud atque aliud constitutũ, auctum, diminutum, denique immutatum fuit. Quã in rem innumera adduci possent exempla nõ modò ex Romanorũ legibus, sed etiã ex gentium omniũ

moribus, nisi essent cuique obuia, saltè ea quæ ex iurisprudentię nostræ libris elici possunt. Atqui cùm de statuto loquimur, de eo intelligimus quod ab iis factum sit qui statuendi iuris, legisque condendæ ius & potestatem habeant. Cur ergo dubitemus quin statuto fieri possit vt legitimus heres non sit qui alioquin futurus esset? Hinc illud nimirum est quod apud Gallos ex cōstitutione regia, & apud Augustanos nostros ferè similiter, liberis intestatis matres non succedūt præterquàm in mobilium certa parte & in vsufructu, sicut nec succedebant ante S.C. Tertyllianum, quo primùm cautum est vt possent succedere. Item quod etiamnum tota fere Italia fœminæ succedere prohibentur ab intestato, fauore masculorum. Et in Galliæ pleriſque regionibus soli primogeniti succedunt exclusis fratribus. Quid? quod heredis quoque institutio nonnullis locis prohibetur? Denique semper ita ius, & vsus fuit vt pro locorum ac temporum varietate licuerit legislatoribus successionum omnium siue testamentariarum siue legitimarum iura constituere & commutare. Multum tamen interest, meo iudicio, an filia per statutum excluſa sit à legitima, ideò quòd ab intestati successione penitus excluſa sit, an ob id solùm quòd dotem à patre congruam acceperit. Talia enim solent esse vt plurimum verba statutorum fœminas excludentiū, vt tũ demùm excludi eas velint, si dotatæ fuerint congruenter & cōpetenter, quomodo loquuntur. Quo casu cùm non simpliciter, & absolutè sint excluſæ ab intestati successione, sed sub ea veluti conditione si dotatę sint, videtur ea excluſio aliam quoque tacitam habere conditionem, illam nimirum quam renuntiationibus iuratis futurę successionis aut legitimę portionis ineſſe diximus ſępius, si hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Quandiu enim legibus quæ intestati successionem deferunt, locus vllus relinquitur, non magis per statutū quàm per pactum fieri potest, vt excluſio præcedat delationem. Priore verò casu cùm sic concepta sunt verba statuti vt ab intestatorum parētum successione penitus excluſæ sint filiæ, licèt alia statuti parte cautum sit vt vel ali debeant vel dotari (vix enim est vt cum iis vsque adeò inhumanè agatur vt ab alimentis quoque excludantur, quod nec statuto fieri sanè posset, cùm ius petendorum alimentorum ex mero iure naturali sit potiùs quàm ex legibus) non potest excluſio illa statutaria tacitam habere conditionem, si hereditas aut legitima portio deferetur: quandoquidem diximus statuto fieri posse vt non tantùm acquisitio successionis, sed ipſa etiam delatio impediatur: in eóque maior sanè potestas & autoritas est statuti quàm pacti, tametsi soleat dici posse per statutum fieri ea demum quę possunt fieri per pactum. Longè enim maior est vis statuti, tanta scilicet quanta est legis quoties statutum ab iis factum est, qui, vt diximus, condendæ legis ius habeant, cùm tamen non possit fieri pacto vllo ne leges locum habeant siue de testamentaria siue de legitima successione controuertatur. *l. nemo potest 55. de legat. 1. l. vlt. D. de suis & legit. l. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. falcid.*

ERROR QVARTVS.

De legitima matris, superstitibus fratribus, extraneo herede instituto.

IAM

IAM olim tractata fuit hęc quęstio magnis cõtentionibus inter nobiliores & vetustiores iuris nostri interpretes, sed ita tamen vt vno excepto Bartolo cęteri omnes pro matre responderint, scilicet defuncto filio superstite matre, superstitibus item duobus fratribus, & extraneo herede instituto, non turpi persona, legitimam matris tertiam esse debere totius hereditatis, non tertiam trientis. In eo namque omnes concordare excepto *Bartolo* testatur *Castrensis ad l. planè* 34. *§. si duobus. ad finem de legat.* 1. addens se quoque ex communi aliorum sententia ad propositam ex facto quæstionem ita respondisse. Rationes pleraſque adferunt ab ipso etiam *Bartolo* relatas in *l. pater filium* 14. *D. de inoff. testam.* sed illam præcipuè quòd fratres qui fratris testamento excluſi sunt à legitima ipsius successione habendi sint pro mortuis, & non existentibus quod ad ineundam legitimæ cõputationem, quia certum est vsque adeò eos excludi, vt nec spem vllam habeant vnquam succedẽdi. Est enim ferè generalis ea iuris regula, portionem deficientem eius qui nec admittitur, nec admitti speratur, iis adcrescere qui admittuntur, *l. vnic C. quando non petent. part.* Nam & in querela inofficioſi testaméti in cuius locum actio ad supplementum subrogata est idem euenire constat vt liberi qui per exheredationẽ iustam aut per sententiam excluſi sunt à querela, non faciant partem cæteris, imò nec excludant sequẽtes in gradu, non magis quàm si ipſi in rerum natura non essent *d. l. pater filium.* Idemque est si aut repudiatione, aut tẽpore excluſi proponantur, *l. qui repudiantis* 17. *l. si ponas* 23. *§. vlt. eod. Bartolus* autẽ vt contra sentiat ex eo potissimùm mouetur, quòd in specie proposita non possit mater amplioremconsequi legitimam ex personis fratrũ excluſorum nisi beneficio iuris adcrescendi, *d. l. qui repudiantis. & dict §. vltim. l. si ponas.* Atqui, inquit, inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti sunt, vt ij sunt quos lex sola ad intestati patrisfamil. as hereditatem simul vocat, non aliter ius adcrescendi locum habet quàm si de vniuersali successione tractetur *l.* 1. *§. idem ait. D. de vsufr. adcresc.* quomodo tractabatur olim, cùm agebatur querela inofficioſi testamenti, vt rescisso testamento locus fieret legitimæ successioni. Hodie non similiter, cùm agitur ad supplementum, nec aliud peti potest quàm legitima ipsa, quæ proculdubio vniuersalis successio nõ est, nec rursum quomodo interpretes loquuntur particularis, sed prorsus singularis, quoniam quota est bonorum non hereditatis, debita scilicet post deductum omne æs alienum. *l. nam quod* 14. *§. non omnis. D. ad S. C. Trebell.* iunct. *l. Papinianus* 8. *§. quarta autem D. de inoff. testam.* Igitur, inquit Bart. non potest locus esse iuri adcrescendi in legitima, præsertim cùm succedant fratres cum matre quod ad legitimam portionem attinet ex diuerso iure, nimirum mater ex iure nouo quo aucta est legitima ascendentium sicut & descendentium vt ex quadrante fiat triens, fratres verò ex iure vetere quo nõ nisi quarta debeatur. Sic enim *Bartolus* existimat fratrum legitimam auctam non esse, indẽque mouetur vt eam pro se iuris regulam adferat, quæ habet, inter eos qui vocantur diuerso iure ex diuersis dispositionibus non esse locum iuri adcrescendi, siue à lege, siue à testatore ius illud descendat, *l. sed cùm patrono* 7. *D. de bonor. possess. l. si sub conditione* 16. *D. quibus modis vsusfruct. amitt.* Mihi opinio Bartoli semper probabilior visa est, sed rationes quibus monetur, nunquã placuerunt. Nam vt nihil nunc dicam aduersus eam propositionem quam ille vt verissimam profert de iure adcrescendi inter eos

qui coniunctione tantùm legali coniuncti sunt, non puto verum esse quod ille tam generaliter tradit, non posse ius adcrescendi in legitima locum habere. Nihil enim vetat, quominùs locum habere possit, si modò voluntas testatoris, aut eius cuius portio deficit non refragetur, id est, si non appareat in fauorem alterius quàm collegitimariorum defeciſſe portionem, vt contingit si quis à petitione legitimæ idcirco exclusus sit, quòd fuerit exheredatus: siquidem pater qui filium exheredat non id facere intelligitur vt aliis liberis consulat in sola fortassis legitima institutis, sed vt hereditatis suæ liberiorem habeat dispositionem in eius gratiam quem heredem scribere volet, siue ex liberis, siue extraneus ille sit. Idem est si filia cùm nuberet viuo patre renuntiauerit paternæ successioni adhibito iureiurando. Nam & hæc renuntiatio non tam fauore aliorum liberorum, ne masculorum quidem facta intelligitur, quàm fauore ipsius patris cui fit, arg. *lege si actionem* 24. *Cod. de pact.* & consequenter defuncto patre prodest ipsius hereditati non fratribus, vt à nobis disputatum est in superioribus. Licèt *Castrens. in d. §. si duobus* contrà defendat filiam hanc haberi pro mortua, propterea quòd nullo vnquam instanti fuerit capax successionis, ideóque fratrum legitimam minuere non debere: quod & nos etiam refutauimus. Potest autem in legitima locus esse iuri adcrescendi, si fortè ponas eum cui legitima debebatur repudiando declarasse quòd eam rem heredi patris prodesse nollet. Tunc enim etiamsi non adiecisset repudiare se in gratiam fratrum, tamen fratribus amplior legitima deberetur, non alio vtique quàm adcrescendi iure: alioqui cessione, & iurium translatione non repudiatione opus esset, si ius adcrescendi locum non haberet. Sed etsi ponas simpliciter factam repudiationem, aut eum qui legitimam petere potuit exclusum esse tempore ne legitimam petere possit, non dubito quin cæteris fratribus ea res prosit vt ampliorem legitimam consequantur: quia quamuis legitima portio non sit successio vniuersalis, sed singularis vt *Bartolo* satisfaciamus, æstimatur tamen ex comparatione successionis vniuersalis, cùm nihil aliud sit quàm triens debitæ portionis, *l. Papinianus* 8. *§. quoniam autem quarta. D. de inoffic. testam.* id est portionis hereditariæ ab intestato contingentis, *l. quoniam in prioribus* 32. *& authent. nouissima. C. eodem.* Atqui si de intestati successione ageretur, repudiatio aut abstentio simpliciter facta tantò ampliorem faceret portionem cuiusq; ex fratribus coheredibus qui hereditatem agnouissent, vt & *Bartolus* fatetur, quia eo casu de vniuersali successione ageretur ex *l. seruus communis ab extero* 67. *D. de acquir. hered.* Quidni ergo ampliorem faciet legitimam saluo etiam manente testamento? At neque verum est quod vult *Bartolus* fratrum legitimam auctam non esse. Nam Iustinianus in *Nouell.* 18. *De trient. & semiss.* §. 1. post auctam legitimam liberorum, de qua sola locutus fuerat, subiicit in hæc verba *hoc obseruando in omnibus personis in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.* Itémq; in capite sequenti *omnibus aliis de inofficioso positis legibus in sua virtute seruandis, præter solam quantitatem quam ad præsens auximus.* Itaque vel fatendum est legitimam fratrum auctam esse sicut & ascẽdentium, aut nec ascendẽtium auctam fuisse. Magis puto auctã esse fratrum legitimam non solùm ad trientem vsque, sed etiã ad semissem pro numero fratrum si plures quàm quatuor proponantur, vt scripsi *Decad.* 11. *capit.* 9. Vna igitur illa ratio me mouet vt pro *Bartolo* cõtra interpretes sentiam, quę tota pẽdet ex certissimo

princi-

Digitized by Google

principio iuris, quod legitima nihil aliud ſit, vt iam toties diximus, quàm certa ſit tutáq; portio patris hereditariæ ab inteſtato cõtingentis. *d. l. quoniam in prioribus.* Atqui mater ſuccedens cum duobus fratribus vtrinque coniunctis non tota hereditatem obtineret ab inteſtato, ſed æqualem dúntaxat cum fratribus portionem, id eſt trientem *Auth. defuncto C. ad S.C. Tertyl.* Non igitur trientem totius hereditatis pro legitima habere debet, ſed trientem trientis duntaxat. Nec quod fratribus legitima nulla debetur, ad rem facit, quoniã in ponenda legitimæ ratione, nõ qui in legitimæ petitione cõcurrant nécne inſpiciendũ eſt, ſed quis in ſucceſſione inteſtati concurſurus eſſet ſi ab inteſtato ſuccederetur. Proinde qui ad partẽ hereditatis legitimæ admitterentur haud dubiè faciunt partem in cõputatione legitimæ, licèt ad nullã legitimæ partẽ admittantur, nec admitti ſperẽtur. Idque ita eſſe in propoſita quæſtione euidentiſſima ratione cõuincitur. Alioqui enim ſequeretur, ſi tres fratres eſſent, futurũ eſſe vt plus haberet mater pro legitima quàm plenſſimæ ab inteſtato ſucceſſionis iure eſſet habitura. Haberet namque tertiã partẽ totius hereditatis, cuius tamẽ non niſi quartã ab inteſtato cõſequi poſſet. Quis autẽ vnquã audiit amplioré deberi legitimam quàm hereditariã portione? Nam ſi ita eſſet, euenire ſanè vt imputandũ eſſet patrifamilias cur inteſtatus nõ deceſſiſſet, quod quàm abſurdum ſit nemo non videt *l. poſthumus 6. D. de inof. teſtam.* Quæ ratio cùm nec a *Baldo* nec a *Caſtrenſi*, & aliis qui ſecuti ſunt, inter pretibus ignorata ſit, neque habuerint illi quid reſponderent, mirari ſatis nõ poſſum cur illi niſi contradicendi ita ſo *Bartolum* improbarint. Natu quod *Baldus* ad eludenda *Bartoli* rationẽ fortaſſe finxit, totum trientem qui inter matrẽ & fratres diuidendus eſſet, in ad legitimã illi admitterẽtur, excluſis iis per inſtitutionẽ honesti heredis extraneis, ad matrẽ ſolam peruenire non tã iure adcreſcendi, quàm per annotione, vt ipſe loquitur, obſtaculi, mihi prorſus ridiculum videtur, licèt pleriſque nõ inſubtiliter dictum exiſtimetur. Supponit enim Baldus pro vero quod eſt falſiſſimum, Defuncto teſtatore qui matrem & duos fratres ſuperſtites reliquerit legitimam portionẽ eſſe trientem, & de eo ſolo dubitari an totum illum trientem habere mater debeat, an eam duntaxat portionem, quam habitura eſſet ſi fratribus virilis legitimæ portio deberetur. Id éque error eſt omnũ qui diſputant hîc de iure adcreſcendi ſiue locum habere putent, ſiue negent. Prius enim eſt vt certa res conſtituatur quæ diſputationem de iure adcreſcẽdi admittat, quàm vt de iure adcreſcendi tractari poſſit. Ego autem contendo, ſicuti nulla hîc legitima eſt quæ debeatur fratribus, ita ex ſolius matris perſona ineundam legitimæ rationẽ, & conſequenter ex comparatione duntaxat eius portionis quam ab inteſtato habitura eſſet mater ſi cum fratribus ſuccederet, Tertiam igitur tertiæ non totius hereditatis deberi matri certum eſt: non ſecus acſi in ea tertia parte tota defuncti hereditas conſiſteret. Nã quod ad reliquum beſſem attinet qui ab inteſtato ad fratres peruenturus eſſet, non magis ratio vlla eius habenda eſt ad legitimam matris augendam quàm ſi eſſet extra hereditatem. Cùm ſi extra portionem matris hereditariam, quæ ſola inducit iuſtam legitimæ computationem. Tot enim hereditates hac parte eſſe intelliguntur, quot eſſent portiones hereditariæ ab inteſtato. Alioqui ſi verum eſt quod nos diximus, fratrum quoque legitimam auctam eſſe ad ſemiſſem vſque ſi plures quàm quatuor fratres ſint, ſequeretur perinde matris legitimam hoc caſu ſemiſſem eſſe debere ſi fratrum qui cùm matre ab inteſtato ſucceſſuri

eſſent perſonas numerare oportet ad legitimam mattis conſtituendã. Quod tamen nemo vnquã dicere auſus eſt, quoniam ſcilicet honeſto herede inſtituto neq; de fratribus, neque de eorum legitima quærendum eſt ad meũdã legitimã maternæ computationẽ, niſi vt tantò minor illa ſit, quia & ab inteſtato pars eius hereditaria propter concurſum fratrum minor eſſet. Et hanc *Bartoli* ſententiam, quam nos probamus, ſecuriorẽ eſſe fatetur *Caſtrenſis*, motus tamen, quod interpretibus ferè ſemper euenit, etiam cùm rectè ſentiunt, falſa ratione. Ait enim fratris præteritionẽ haberi pro exheredatione, exheredationem verò neq; lucroſam neque damnoſam alijs eſſe oportere propterea quòd ei⁹ qui alium exheredat voluntas illa ſit, quemadmodũ diximus, vt heredi tantùm non etiã cæteris proſit. Hæc namque ratio in iis demũ perſonis locum ſibi vindicat, quas aut inſtitui aut exheredari neceſſe eſt, hoc eſt quæ ſi nõ eſſent exheredatæ heredes eſſe viderentur: quod contigit quoties de liberis agitur, ſiue pater, ſiue mater teſtamentũ feciſſe proponatur. Nã cùm parentũ vtriuſque ſexus hereditas liberis debeatur ex parentũ ipſorũ voto, nulla hac parte differentia vnquã fuit inter patrẽ & matrem, niſi quod pater liberos nõniſi nominatim exheredare potuit, mater verò nõ ſolùm inter cæteros exheredare potuit olim, ſed etiamſi non exheredaſſet, præteriſſe ſufficiat, vt exheredaſſe crederetur, nimirũ, quia patres habent ſuos heredes, fœminę nõ itẽ: *l. 4. §. ad teſtamenta. D. de bon poſ. contr. tab.* At fratrũ hereditas fratribus nõ debetur neque ex voto, neque ex ratione naturali, neque intuitu miſerationis & pietatis, ſed quia nihil eſt quod melius dici poſſit cùm frater fratri ſit agnatus proximus, quódque ita poſito iure vt agnatus proximus agnati familiam habere debeat, exiſtimandus ſit frater qui inteſtatus moritur tacito quodã iudicio, fratrẽ ſcribere ſibi heredẽ *l. 3. §. 1. l. cõficiuntur 8. D. de iur. codicil.* Proinde nõ cogitur frater fratrẽ inſtituere aut exheredare, niſi vno illo caſu quo turpẽ perſonam heredẽ habere malit, quod ſanè nõ impunè permittendũ illi eſt: Imò nec præteriti vnquam in iure noſtro dicuntur, niſi ii demum qui aut inſtitui debuerunt aut exheredari: & conſequenter nõ eſt cur præteritionẽ fratris honeſto herede inſtituto, pro exheredatione habeamus aut exheredationi cõparemus: quaſi verò frater, qui fratribus præteritis inſtituit extraneũ id animo agitauerit, vt heredẽ ſuum faceret tãtò locupletiorẽ, quomodo agitat parens qui filiũ ſuum ſiue expreſsè ſiue tacitè exheredat, ac nõ potiùs vt heredẽ ſibi eligat, perinde ac ſi fratres nullos haberet, quibus vtiq; nihil debet, dummodò perſonã eligat honeſtam, non turpẽ: in matre ſanè id verum eſt eã à filio præteritã hoc ipſo haberi pro exheredata, quia filius matrẽ inſtituere cogitur aut exheredare, adeò vt nominatim quoq; exheredanda hodie ſit, ſicut & mater filium nominatim inſtituere aut exheredare cogitur ex Iuſtiniani *nouel. 115. §. aliud quoque capitulum*, nec ſolùm nominatim in neceſſariũ antecedens, ſed etiã ſic inſerta cauſſa exheredationis vt dubitari nõ poſſit, quin voluerit mater habere filiũ pro exheredato. Illud probabilius fortaſſe tentari poſſet ex Caſtrenſis ratione, Si fratres præteriti habentur pro exheredatis, mater autẽ quæ in aliquo inſtituta eſt, pro herede, proficere matri debere tacitã fratrũ exheredationẽ. Sed nõ ita eſt: vniuerſali enim heredi prodeſſe ſolet exheredatio non ſingulari, qualis ille eſt qui ex re certa inſtitutus fuit. Deinde etiamſi maximè verum eſſet, quod vult ille, fratres præteritos exheredatorum iure cẽſendos eſſe, ne tamẽ ideò matris legitimã augeri oporteret tãquam ex tacita teſtatoris voluntate, illud obſtaret quòd ipſa quoque perinde præteriti

olim

olim potuerit atq; fratres defuncti, & ita videri exheredata, hodiè verò etsi nominatim instituenda est aut exheredanda, vt diximus, si tamen in minima quantitate pecuniæ sit instituta, nõ potest ea institutio facere quin à reliqua tota hereditate prorsus exheredata cẽseatur, quandoquidẽ volũtas testatoris quæ ex testamento colligitur, non potest alia argui, quam quæ ex testamento ipso probatur, & quatenus testamenti verba patiũtur. Et quauis Iustiniani cõstitutione in *l. omnimodo 30. C. de inoff. test.* liceat matri agere ad supplementũ legitimæ non aliter quàm si tota legitima testamento data esset. Attamen in cõputanda ea legitima, idẽ omnino seruandũ est quod seruaretur si querelæ locus superesset, id est nõ maius supplementũ petere mater potest quàm quãta esse legitima deberet ex iuris vetetis ratione ad querelam inofficiosi testamenti excludendã. Quanta autẽ legitima esse deberet? Nimirũ quadrans aut si mauis ex nouissima Iustiniani lege triens trientis. Nam à reliqua hereditate potuisset mater impunè nullãq; inserta caussã exheredari: & hoc ipso quòd præterita fuisset, habita esset pro exheredata, nec querelæ caussam habuisset si modò legitimã portionẽ legati alióve titulo accepisset: quia tacita fratrum exheredatio nõ potuisset ei prodesse quæ ipsa quoq; exheredata reperiretur. Ergo eadem ratione dicendum est quòd hodie instituta ex numo agere potest ad supplementũ, acsi in tota legitima esset instituta, facere non debere vt plus consequi debeat legitimæ nomine, quàm si aut expressè aut tacitè exheredata esset supra eam portionẽ quam alioquin ei relinqui oporteret ne conqueri de inofficioso posset. Nec ei prodesse quòd fratres præteriti pro exheredatis habeantur, quando & ipsa quoque licèt instituta in aliquo, à toto reliquo exheredata intelligatur. Maximè cùm soleant hodie testatores ferè omnes expressim prohibere ne quid amplius petere possint ij quos non nisi ex re certa volunt institutos, quod & iam ipsis *Bartoli* temporibus in vsu fuisse apparet ex eius disputatione.

ERROR QVINTVS.

De iure adcrescendi quod heredi ex certa instituto accommodatur.

INTERPRETES nostri cùm legitimam portionẽ institutionis titulo relinquendam esse volunt, eam potissimùm rationẽ adferũt, quòd institutionis titulus non solùm honorabilior sit propter nomen heredis, sed etiam vtilior & commodior, siue quòd heres ex re certa institutus possessionem eius rei propria autoritate occupare possit, nec expectata heredis volũtate citra metum interdicti. *Quod legatorum.* Siue propterea quòd habere possit ille ius adcrescendi si fortè contingat ab herede ex asse scripto repudiari hereditatem. De iure adcrescendi nunc dicemus, dicturi capite sequenti de interdicto. Iã prædiximus *Decade superiore* suspectã nobis videri, & falsam hanc interpretũ & pragmaticorũ traditionẽ. Quin. ex re certa institut° est, alio ex asse adscripto herede legatarij nõ heredis loco est, *l. quoties 13. C. de hered. inst.* propter eas rationes quas nos eo capite adduximus vnde & peti volumus ne hîc repetamus. Et quãuis *Bartolus* ad *d. l. quoties* scripserit neq; heredis neq; legatarij iure absolutè eũ censeri, sed tertiã speciem quandã cõstituere heredis ex certa re scripti, ea tamen distinctio nulla lege, nullaq. ratione probabilis est, sicut nec quod ille ibidẽ subijcit institutionem ex re certa naturã habere legati quod ad rẽ ipsam attinet, heredẽ tame ex re-

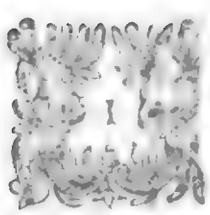
certa haberi pro herede ratione iuris quod ſibi cõpetit ob inſtitutionẽ Nam cùm heredem faciat hereditas,quemadmodũ & legatum facit legatariũ,apparet in huiuſmodi rebus perſonæ ius non niſi ex qualitate rei æſtimandũ eſſe,i eóque fieri non p. ſſe vt ſi inſtitutio ex re certa legati iure cẽſenda eſt, inſtitutus ex re certa ꝓ legatario nõ habeatur.Quòd ſi ꝓ legatario habetur,ergo nõ pro herede,quia toto genere differũt heres & legatarius. Inde illud eſt quod inſtitutus ex re certa traſmittit ad heredẽ cõmodũ inſtitutionis etiã nõ agnitæ,vt *Bartolus* quoq; fatetur,quia & legatũ non agnitũ traſmitteret,dũmodò legati dies valiter ceſſiſſet,*l.1.& tot.tit.quand.dies leg.vel fideic.ced.D.* & ..Idem quoque patitur aliorũ legatariorũ exẽplo, *l.ex facto 33.ff.de hered inſt.* Creditoribus hereditariis non tenetur quia nec alij legatarij tenentur. Non habet beneficiũ nouæ legit.quæ de edicto Diui Hadriani tollendo à Iuſtiniano lata eſt,& de mittendo ſtatim heredẽ in poſſeſſionẽ bonorũ defuncti,*l.vlt.C.de edict.Diui Hadr.toll.* ſicut nec cõſuetudinariæ illius poſſeſſionis quæ à defuncto in heredẽ ipſo iure continuata intelligitur,quia nõ legatariis ſed heredibus ſolis huiuſmodi beneficia & priuilegia cõpetunt. Sed & rupto ex cauſſa præteritionis vel exheredationis aut irrito facto teſtamento cõſtat inſtitutio: eſ ex re certa nõ corruere , quoniã & legata cõſeruantur ex Iuſtiniani conſtitutione in *Auth.ex cauſſa.C.de liber.prater.* licèt corruant inſtitutiones Quæ cũ ita ſint,prorſus cõſequens eſt, vt inter inſtitutum ex re certa & heredẽ vniuerſalẽ non poſſit locus eſſe iuri adcreſcendi,ſicut nec inter heredẽ & legatariũ eſſe poteſt quia ſuccedũt ex diuerſo iure *l.ſed cũ patrono 6 ff.de bon.poſſeſſ.l.ſi ſub conditione 16.D.de quib.mod.vſufr.amitt.* Neque verò quicquã eſt in quo poſſit *Bart.*dicere inſtitutũ ex re certa loco heredis haberi,niſi hoc ipſũ de quo diſputamus.i.quod attinet ad ius adcreſcẽdi.ſ.vt repudiante vel ante additionẽ decedente herede vniuerſali inſtitutus ex re certa fiat heres ex aſſe,nec tamen trãſmittat in heredẽ ius illud adcreſcẽdi citra agnitionẽ,quia in eo,inquit *Bart.*ſapit naturã vniuerſalis inſtitutionis.Atqui cũ vtrũq; probandũ eſſet(nos.n. vtrumq; negamus & ius adcreſcendi vllum cõpetere & ad heredẽ quantũcumq; præcedẽte agnitione tranſmitti poſſe) neutrũ tamen *Bartolus* probat,nec quiſquã ex iis qui *Bartolũ* ſequuntur.Nec illud rurſum quod idẽ *Bart.*ſubiungit, Ex inſtitutione in re certa confirmari tabulas pupillares,nedũ principale teſtamẽtũ : quod vtrũq; nos ſimiliter negamus.Vnus tantũ iuris locus eſt,qui *Bartolũ* cæteróſq; omnes interpretes fefellit.Is eſt in *l.1.§.ſi ex fundo.D.de hered inſt.* vbi tamẽ nihil aliud Vlpianus ſcribit,niſi quòd ſi ex fundo fuerit aliquis ſolus inſtitutus, valet inſtitutio detracta fundi mẽtione.Quod nos ſanè vltro fateremur vel tacẽte Vlpiano,quia cũ ex aſſe nullus heres ſcriptus eſt,non poteſt fieri vt qui ex re certa inſtitutus fuit legatarij loco habeatur:quãdo nec legatum valeret nullo herede ſcripto. Nã & ſi duo ſint heredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani , alter ex beſſe eiuſdẽ fundi, ſequimur expeditiſſimã Celſi & Sabini ſentẽtiã vt detracta fundi mẽtione quaſi ſine partibus heredes ſcripti hereditate potiãtur,ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragetur , vt idem Vlpianus tractat in *l.quoties 9.§.ſi duo.eo.ti.* cui nõ valde diſſimile eſt quod in *l.ſeq.* Paulus ſcribit, ſi alterius atq. alterius fũdi ꝓ partibus quis heredes inſtituerit.ſic n.legẽdũ eſt,nõ vt vulgò malè *pro æquis partib.*(perinde habẽdũ eſſe quaſi nõ adiectis partibꝰ heredes ſcripti eſsẽt, aut potiùs, vt in fine legis ſcriptũ eſt,acſi teſtator neq.ffidũ neq.partes nominaſſet,quãquã lõgè aliã eius lo

ci

ci lectioné & ſentétiam eſſe árbitror, de qua dicemus *lib.17. Coniectur.* Nunc enim nil neceſſe eſt ne ab inſtituta diſputatione lóguis aberremus. Sufficiat indicaſſe. Denique illud fatemur quod apertioribus verbis Papinianus ſcribit in *l.coheredi 4.§.vlt. D.de vulg.& pupill.ſubſtit.* eum qui ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato bonorum omnium hereditatem obtinere. At nos non de illo nunc diſputamus, ſed de eo qui è contrario ſit inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto. Non enim de iure adcreſcendi niſi inter duos quæri poteſt. Hoc verò caſu ſiue heres ille ex aſſe ſcriptus hereditatem repudiauerit, ſiue ante agnitam hereditatem deceſſerit, nego ius adcreſcendi habere eum, qui nonniſi ex certa re inſtitutus eſt, vt heres ex aſſe fiat, quia vt dixi, ſemper & iam inde ab initio, id eſt ex quo teſtamentum factum eſt, cœpit ille haberi loco legatarij numquam heredis: non enim ſecuta aditio illius qui ex aſſe ſcriptus fuit, efficit vt ex re certa inſtitutum pro legatario haberi oporteat, ſed neceſſaria ratio iuris adeóque voluntas teſtatoris qui vtique non niſi accommodatè ad iuris rationem teſtari velle creditur, quando nec aliter velle poſſet. Cui porrò rationi iuris locus fit ex eo primùm inſtanti quo teſtator heredem ex aſſe ſcripſit, nec aditionis tempus in eam rem expectándum eſt. Nam cùm fieri nequeat vt duo ſint heredes ex aſſe, nec videatur teſtator tranſiſſe ad dupondium niſi cùm expleto primo aſſe ſecundum aſſem attigit, id eſt aliquam ſecundi aſſis vnciam adſcripſit (quod non fit per inſtitutionem ex re certa, quoniam as ex vnciis conſtat, nō ex rebus certis & ſingulis), conſequens eſt vt qui ex re certa ſcriptus eſt, iam inde ab eo inſtanti cenſeatur iure legatarij, obſtante iuris ratione ne heres vllo modo, aut vlla ex parte, vel vlla ex re videri poſſit. Alioqui eueniret, vt in certa illa re duo eſſent heredes & domini in ſolidum, quia non ſicut legatum, ita & inſtitutio ex re certa dici poteſt delibatio hereditatis, niſi hoc priùs admiſſo vt legati iure cenſeatur, quemadmodum ſupradicto loco à nobis fuſiùs diſputatum eſt. Vbi etiam, & ex iiſdem rationibus probauimus quàm falſum ſit quod interpretes & pragmatici omnes volunt, filium qui in legitima heres inſtitutus ſit, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolùm excludi à querela inofficioſi teſtamenti, ſed etiam ſatis ritè inſtitutum videri vt teſtamentum valeat. Fateor equidem teſtamento ſubſiſtente excludi eum à querela ob inſtitutionem in certa re factam, quia & per legatum excluderetur, cùm nulla Iuſtiniani aut alterius Imperatoris lege derogatum ſit hac parte iuri veteri, quo cautum erat vt quoquo relicti titulo legitimam datam fuiſſe ſatis eſſet. Sed nego valere teſtamentum in quo filius neque heres, neque exheres ſcriptus ſit, tametſi dodratem, ſi voles, hereditatis habeat ex rei certæ inſtitutione, ideóque contendo neceſſarium iam olim fuiſſe vt ex aliqua aſſis parte inſtitueretur vel exheredaretur, *l.inter cætera 30. de liber. & poſthum.* Hodie verò hoc plus eſſe ex Iuſtiniani *Nouell.115.§.aliud quoque capitulum*, quòd ſi inſtitutus non ſit, non ſufficit vt quomodolibet ſit exheredatus etiamſi legitimam integram habeat, ſed exheredationi cauſſa inferenda eſt & quidem iuſta vt teſtamentum vires habeat, adeoque probanda per heredem, ne alioqui teſtamentum, quod ab initio valuit, in eo ſit vt per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſit. Hunc enim nouę conſtitutionis ſenſum eſſe iam docuimus.

ERROR SEXTVS.

De instituto ex re certa possessionem eius rei occupante propria autoritate.



INTERDICTI *Quod legatorum*, edicto Prætoris proponendi ratio illa fuit, quòd inciuile videretur permitti legatario vt sibi ipsi ius diceret, reique sibi legatę licèt iam suæ possessioné propria autoritate & inconsulto herede nanciscereturideoq; nec interdicto locus est, si ex heredis qualiquali volũtate possessio illa occupata probetur: multo minùs verò si testatoris voluntas illa fuerit, vt ius haberet legatarius nanciscendæ propria autoritate possessionis. Voluntatem.testatoris in omnibus seruandã esse conuenit. Vnde fiebat vt si per vindicationem, aut per præceptionem, aut per finendi modum legatũ fuisset, interdicto locus esse non posset, quia verba illa quibus in eam rem testatores vti solebãt, *Capito, Præcipito. Heres finito habere*, & similia nõ obscurã hanc testatoris mentẽ præ se ferebãt. Pertinebat igitur interdictũ illud ad ea duntaxat legata quæ per dãnationẽ relicta erant, quorum vsus erat frequentior, & quorum naturam cæteris omnibus legati generibus inditam voluit Iustinianus hac parte, vt per manus heredis legata omnia quibuscunque tandem verbis testator vsus sit, præstentur ab herede, & per manus heredis. De quo tã multa scripsimus *lib.6.Coniect.cap.*1.& 2.vt hîc pluribus agere prætium operæ esse non arbitremur. Illud addendum est quod nemo fortassis obseruauit, non pertinuisse interdictum illud ad fideicommissa, sed tantùm ad legata vt ex primis interdicti verbis apparet. An quod fideicommissarij caussa fauorabilior videretur, vt ei licere deberet ius sibi dicere in occupauda rei fideicommissæ possessione? Minimè. Minus enim iuris acquirebatur fideicommissario ex fideicommisso, quàm legatario ex legato, erántque fideicommissa similiora legatis per damnationem, quàm cæteris, ideóque vtplurimùm solebant testatores fideicommissi verbis legata per damnationem confirmare, vt ex iuris nostri locis penè innumeris colligi potest. Sed quia non sicut ex caussa legati transierebatur dominium rei legatæ recta via à testatore in legatarium *l.à Titio* 64.*de furt.l.legatum* 80.*de leg.*2. Ita & in fideicommissarium ex fideicommisso, propterea quòd lex duodecim tabularum quæ legata non solùm confirmauerat, sed etiam induxerat iis verbis *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto*, de fideicommissis nihil locuta fuerat Ex quo illud etiam eueniebat vt secuta quoque traditione ex caussa fideicommissi dominium tamen non eo magis fideicommissario acquireretur, sed possessio duntaxat *l.*3. *D.si vsus fr.petet.* quia scilicet numquã nuda traditio transfert dominium, sed ea demum quę iustam & legitimam caussam habet *l.numquam nuda* 20.*D.de acquirend.rer.domin.* id est iure ciuili cognitum & adprobatum. Fideicommissa autem siue vniuersalia siue singularia nullo iuris vinculo, sed solius prætoris fideicommissarij auxilio defenduntur. Proinde si fideicõmissarius propria autoritate occupasset rem sibi ex fideicommisso debitam, poterat heres eam rem ab illo aufferre proposita vindicatione quæ domino datur contra quemlibet possessorem: nec egebat interdicto & auxilio prætoris cùm pleniore ciuilis & ordinariæ actionis remedio satis ei

ſatis ei cautum eſſet. At non ſimiliter contra legatarium qui in legato propria autoritate occupando ſibi ius dixiſſet, poterat heres vindicatorem exercere, quandoquidem non heres, ſed legatarius ipſe dominus erat rei legatæ, etiamſi poſſeſſio ipſa legat. adhuc penes heredem eſſet. Fuit itaque neceſſarium auxilium prætoris vt heredi aduerſus legatarij audacia ſubueniretur: præſertim ſi aliunde intereſſet heredis, vt puta propter falcidia, cuius ex legatis non modo deducedę, ſed etiã retinendę ius haberet. Hodie igitur redactis fideicõmiſſis ad inſtar legatorũ, maximè ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſicuti dubitandum non eſt quin fideicommiſſi dominium exemplo legatorum tranſeat recta viã à teſtatore in fideicommiſſarium. Ita fateri oportet interdictum illud, Quod legatorum, non minùs ad fideicommiſſa quàm ad legata pertinere. His præmiſſis difficile non eſt intelligere quid iuris olim fuerit in herede ex re certa inſtituto. Nam etiamſi heres nullomodo ſit alio herede ex aſſe aut ex aſſis parte aliqua ſcripto, fieri tamen non poteſt vt minus iuris habuerit olim quàm is cui per præceptionem aut per vindicationem, aut finendi modo legatum eſſet. Ideóque, meo iudicio, non poterat teneri interdicto Quod legatorum, ſi rei ſibi relictæ ſub inſtitutionis nomine poſſeſſionem propria autoritate occupaſſet, vt & inſtitutionis & heredis nomen ipſi hactenus ſaltem prodeſſet ne ab alio poſſeſſionem petere cogeretur, quam nec heres ab alio accipere ſolet aut poteſt quàm a ſeipſo. Sed tamen non rectè ex eo inferas, quod interpretibus placet, haberi eum hac parte pro herede, cum & in aliis pleriſque legatariis qui vtique nullo caſu heredes videri poterant idem obtineret. At cùm hodie legatis omnibus quocumque tandem modo relicta fuerint, vt diximus, commune illud ſit vt per manus heredis præſtari debeant, ne alioqui locus fiat interdicto, dubitari magis poteſt idemne hodie obtineat in inſtitutione facta ex re certa, an verò illud ex iure vetere ſuperſit, vt liceat inſtituto propria autoritate poſſeſſionem illius rei occupare. Magiſque eſſe arbitror vt debeat licere, non quaſi hodie potiùs quàm olim haberi debeat pro herede is qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed quia poſt omnes quoque Iuſtiniani conſtitutiones perinde hodie verum eſt ac olim fuit, poſſe fieri ex voluntate teſtatoris vt legatarius non expectata heredis voluntate occupet rem legatam. Ea verò voluntas teſtatoris videtur mihi ſatis aperta cùm aliquem heredem inſtituit ex re certa, longéque apertior, quàm ſi per vindicationem aut per præceptionem, aut per finendi modum leget, quia, vt dictum eſt, ipſum heredis & inſtitutionis nomen hoc ſonat vt propria autoritate occupari res poſſit. Sed non vſque adeò *Bartolo* cæteriſque interpretibus & pragmaticis blandiri poſſum, vt velim admittere, ex huiuſmodi inſtitutione quæ facta ſit in re certa alio herede adſcripto confirmari teſtamentum, ita vt liceat ei qui ſic inſtitutus eſt rem capere, non expectata heredis aditione. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod nos toties inculcauimus, hunc ex re certa inſtitutum legatarij iure in omnibus cenſeri, non magis certè fieri poteſt vt agnitione talis inſtitutionis confirmet teſtamentum, quàm ſi aliud quodlibet legatum agnoſceret vulgaribus legatorum verbis, & formulis relictum. Iuris enim regula eſt non adita ex teſtamento hereditate omnia corruere quæcumque teſtamento continentur *l. ea quam* 14. *C. de fideicomm.* Ergo & inſtitutiones ſingulares, ex quibus nimirum non

magis quàm ex legato aditi hereditas potest. Delatio enim vt additionem præcedat necesse est, *l. delata* 151. *de verborum significat.* Nemo autem dixerit deferri hereditatem à testatore aut à lege ei qui non nisi ex re certa institutus est, alio herede scripto, ex asse aut ex aliqua assis parte, siue posteà heres ille repudiauerit hereditatem, siue ante aditam eam decesserit. Quòd enim ex asse aut ex aliqua assis parte scriptus fuit, sufficit vt appareat testatorem cùm alium ex re certa institueret non cogitasse de hereditate ei deferenda quam vtique duobus in solidum eodem tempore deferre non potuit, sed tantùm per viam substitutionis pluribus heredum gradibus constitutis. Porrò cui testator hereditatem non detulit, neque lex vnquam defert ex testamento: quoniam legis potestas hac parte in eo tantùm elucet, vt testatoris voluntatem adiuuet atque confirmet. Absurdum igitur est dicere institutum ex re certa ius habere agnoscendæ institutionis eiusmodi non adita per heredem vniuersalem hereditate: illud verò absurdius existimare ex hac agnitione confirmari testamentum quasi hereditate agnita per vnum ex heredibus, cui etiam inuito adcrescere debeant cæterorum repudiantium vel præmorientium portiones. Denique & consequenter illud absurdissimum quod addunt, Eiusmodi agnitione pupillares quoque tabulas confirmari. Necesse enim est vt principale testamentum confirmatum sit priusquàm de pupillaribus tabulis tractari possit.

ERROR SEPTIMVS.

Si testator ius adcrescendi ei prohibuerit quem solum ex certa re scripsit heredem nullo adscripto coherede.

FAVENT interpretes plus æquo heredi ex certa re instituto cùm haberi eum volunt in quibusdam pro herede, qui tamen in omnibus habendus est pro legatario, quoties alius heres aut ex asse, aut ex aliqua assis parte adscriptus fuit. Iidem faciunt inutiam heredi ex certa re instituto, cùm defendunt posse ei prohiberi ius adcrescendi à testatore, tùm etiam cùm nullus alli coheres datus est, id est posse testatorem facere vt is quem ex re certa heredem scribit, non solùm ex asse heres non sit, sed ne quidem ex ea ipsa re in qua scriptus fuit. Sic enim *Bartolus ad l. quoties 9. §. si duo D. de hered. instit.* cuius sententiam licèt non omnibus probatam plures tamen & frequentiore calculo interpretes sequuntur, ego probare nullomodo possum. Non enim in testatoris facultate & arbitrio magis positum est, vt faciat ne qui heres ex fundo institutus est nullo dato coherede, heres sit in solidum, quàm vt prohibeat ne leges locum habeant in suo testamento, quod tamen certum est facere eum non posse. *l. nemo potest 55. de leg. 1.* Nam statim atque heres quis scribitur ex certa re ab eo qui alium heredem aut ex asse aut ex aliqua assis parte, aut sine parte & sine re scribere non vult, succedit potestas legis quæ sicut testaméti faciendi heredisque scribendi ius concedit, in eámque rem inducit hereditatem per quam

per quam heres fieri quis possit, ita fundi mentionem detrahi ex institutione, vt eâ detractâ remaneat institutio sine re & sine parte, ac proinde vniuersalis *lege prima, §. si ex fundo. & dict. §. si duo l. 9. de hered. instit.* Sublata autem fundi mentione, & quidem ipso iure, solaque legis potestate, apparet nihil omnino referre an ita testator scribat *Titius heres esto, sed ita tamen vt nihil præter fundum Tusculanum petere possit*, an ita potius *Titius heres esto ex fundo Corneliano, ita tamē vt nihil iuris habeat in reliqua mea hereditate.* Atqui priore casu negari non potest quin Titius ex asse scriptus sit: nec adiectio illa, *Sed ita tamen vt nihil præter fundum Tusculanum petere possit*, vires vllas habet ad vniuersalem illam institutionem euertendam aut labefactandam. Melius enim est vt adiectio illa vitietur, quàm vt institutio corruat quæ subsistere cōmodè potest. Quis enim credat testatorem qui accedit ad factionem testamenti, eo animo accedere vt nihil agat, aut legum auxilium implorari sine quibus testari non posset, vt contrà quàm leges ferant testetur? ac non potiùs vt heredem sibi eligat ex testamento, ne ab intestato habeat eos quos alioquin lex datura esset? Nam quid obsecro apertius, si non ex iure tantùm, sed ex mente etiam testatoris diiudicanda res est, quàm eum qui testatur, heredémque scribit extraneum vel in minima re hereditaria nolle successionem intestati locum habere? Ex qua scilicet futurum esset vt inuito patrefamilias heres legitimus cum vniuersa hereditate haberet etiam rem illam ex qua paterfamilias testamento alium heredem habere voluisset. Nemo enim dubitat, quin nemini liceat facere quominus heres legitimus totum defuncti patrimonium consequi debeat si modò successioni intestati locus relinquatur; Cuius impediendæ & excludendæ gratia, vnum illud remedium superest, vt testamentum fiat per quod extraneus heres legitimo præferatur. Itaque quantumuis testator qui Titium heredem instituit ex fundo Corneliano prohibuerit ne ad Titium reliqua hereditas perueniret, adeóque expressa hac, si voles causâ, *fauore agnati proximi quē in reliqua hereditate legitimum heredem habere velit*, æquè tamen aperta est ipsius voluntas, quòd nolit vniuersam legitimam hereditatem ad agnatum proximum peruenire, sed ab ea vniuersitate excipi fundum Cornelianum, quem malit Titio acquiri, & quidem iure & titulo heredis, adeóque ex testamento, cum ab intestato nullum ius habeat extraneus succedendi cum proximo agnato. Cur ergo legitimo heredi magis faueamus vt causa intestati trahat ad se causam testati, quemadmodum *Bartolus* loquitur, quàm Titio heredi testamentario vt legitima successio per testamentum impediatur. Vrget enim pro Titio fauor testamenti qui semper maximus & præcipuus est *l. si pare* 10. *D. de inoff. testam.* Vrget ratio iuris quæ heredem solum ex certa re institutum pro herede vniuersali habet. Vrget etiam illa iuris regula quæ non patitur vt ab intestato succedatur, quandiu ex testamento succedi potest, vrget denique voluntas testatoris cui euidenter vim fieri necesse est si legitimæ successioni locus fiat, quæ locum habere nullomodo potest quin legitimus heres vniuersam hereditatem habeat, & consequenter fundum Cornelianū, ex quo tamen Titium instituere testator voluit ob hoc ipsum ne ad legitimū heredē perueniret. Cōtrà verò, nihil pro legitimo herede vrget præter verba illa testatoris, quibus cauit, expressimq. prohibuit ne Titio instituto ex fundo

Cornelio reliqua hereditas adcresceret. Igitur cùm offendi testatoris voluntatem necesse sit, siue pro Titio, siue pro legitimo herede respondeas, quid superest nisi vt curemus ne iuris rationem offendamus? quæ porrò si pro Titio respondebis, non offenditur; sin pro legitimo herede, haud dubiè offenditur. Illa quæ maximè hanc nostram sententiam, quod *in l. si ita quis 74. D. de hered. instit.* Licinius Rufinus scribit si ita quis heres institutus fuerit *excepto fundo*, aut *excepto vsufructu, Titius heres esto* perinde esse iure ciuili atque si sine ea re, id est sine ea exceptione institutus esset, idque autoritate Galli Aquilij factum esse, nimirum quoniam alioqui fieri non posset vt testamentum valeret, quod vniuersam defuncti hereditatem non complecteretur. In ea namque specie sicut & in illa de qua disputamus, fit proculdubio contra voluntatem testatoris cùm heredi scripto eum quoque vsumfructū vel fundum damus quem ab vniuersali institutione exceptum esse testator expressim voluit. Quid enim refert siue iuris rationem, siue testatoris voluntatem intueare, an testator nolit contineri institutione fundum aliquem hereditariū, an quicquid in hereditate est præter fundū? Nimisque subtilis est *Bartolus*, cùm respondet, aliud esse excipi fundū ab institutione vniuersali vt nō videatur concessus, aliud verò prohiberi fundum ne reliquæ hereditati adcrescat. Nam si plus voluntati testatoris quàm iuris rationi tribuendum esset, an non absurdum foret a contra defuncti voluntatem si fundus ille daretur ei quem testator in tota hereditate excepto fundo instituisset? Et illa institutio *heres esto excepto fundo* an non hunc sensum habet *In fundo heres ne esto, in reliqua hereditate heres esto?* Nec subtilior meo iudicio, secunda eiusdem Bartoli responsio, tametsi vulgò probata, distinguentis an simplex & vniuersalis institutio præcesserit, & subsecuta sit exceptio fundi, vt in *d. l. si ita quis*, an verò præcesserit datio rei certę, & subsecuta sit prohibitio & exclusio vniuersalis vt in ea specie de qua tractamus. Quasi priore casu heredi vniuersali fundus à scripto inutiliter ademptus videatur ex *l. sed si conditioni 6. §. vlt. eod. tit. D. hered. instit.* Posteriore verò non possit videri ademptum, quod numquam fuit datum. Nam vt taceam verba illa *excepto fundo* non adēptionis verba esse, sed exceptionis, cuius ea vis est vt faciat ne quod excipitur ab vniuersali dispositione, in ea contineri videatur. Admittamus quod vult *Bartolus*, & in proposito verum est, iis verbis *excepto fundo* fundum heredi ademptum intelligi, propterea quòd fieri non poterat vt vniuersali institutione fundus ille non contineretur vel inuito testatore, dico idem prorsus euenire illo etiam casu quo quis ex fundo tantùm institutus solus, & amplius quicquam petere veritus proponatur. Nam cùm lex fundi mentionem detrahat itaque heres quis scribitur ex certa re ab eo qui alium ex testamento heredem habere nō vult, vt iam dictum est, relinquitur necessariò vt qui ex fundo institutus est in tota hereditate institutus intelligatur, adeóque inuito testatore: quoniam & inuito eo fundus ille ad legitimum heredem peueniret si successioni legitimæ locus daretur. Consequenter necesse est vt subsecuta illa prohibitione quicquam amplius ex hereditate Titius speraret, pro ademptione habeatur: quæ porrò non nisi inutiliter facta videri potest, cùm Titio nihil à scripto adimi potuerit. Me illud etiam contra *Bartolum* valde mouet quòd ex Seueri & Antonini rescripto scribit Marcianus in *l. si quis priore 29. D. ad S. C. Trebell.* Si quis priore facto testamento posterius fecerit, nec nisi ex certis rebus in posterioribus tabulis heredes instituerit, hoc etiam

addito

addito per expreſſa fideicommiſſi verba vt prius teſtamentum valeret, prius tamen teſtamentum ipſo iure ſublatũ eſſe: nec aliud ius ſupereſſe ijs qui priore ſcripti fuerant quàm petendi ex poſteriore fideicommiſſi: quo ex loco apparet inſtitutum ex re certa non eo minùs ex toto aſſe ſcriptũ intelligi, quòd alij heredes ſint alio & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere. Nam ſi voluntas illa teſtatoris iubentis prius teſtamentum ſubſiſtere non impedit quominùs ex ſecundo teſtamento heres ſit ſolus is qui ex certa re inſtitutus fuit, ſublato priore teſtamento per poſterius, quantò magis dicendum eſt nullo antea facto teſtamento inſtitutum ex re certa præferendum eſſe legitimo ſucceſſori, totámque hereditatem conſequi debere licet teſtator declarauerit velle ſe vt in reliqua hereditate legitimus ſucceſſor ei præferretur? Nec enim eſt quod reſpondeas in ſpecie *d. l. ſi quis priore*, teſtatorem non niſi precariis & fideicommiſſi verbis voluiſſe vt prius teſtamentum valeret, & hoc ipſo videri totam hereditatem reliquiſſe heredi quem rogaret. Primùm enim negabo conſecutionem, quia potuit fideicomiſſum vtile eſſe in re illa ſingulari quæ huic poſteriori heredi relinquebatur, tametſi nõ de tota hereditate reſtituenda teſtator ſenſiſſet, exiſtimans fortaſſe quòd ad excludendum à reliqua hereditate eum quem non niſi ex certa re ſcriberet, ſatis eſſet ſi prius teſtamentum valere iuberet. Deinde reſpondeo fuiſſe verba fideicommiſſi in eam rem neceſſaria, quia non fuit in teſtatoris poteſtate nouum heredem ſcribentis licèt ex re certa duntaxat, efficere quominùs prius teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſet per poſterius, quo ſublato fieri non poterat vt alio quàm fideicommiſſi iure hereditas ad eos qui priore teſtamento ſcripti erant, peruenirent. Idque ex eo apparet quòd ſi proponeres militem poſteriore teſtamento heredem ex certa re ſcripſiſſe, proculdubio non haberet heres ex teſtamento niſi rem illam, reliquum verò totum patrimonium ad heredem priore teſtamento ſcriptum pertineret, quia priuilegium militis inter cætera illud eſt vt poſſit decedere cum pluribus teſtamentis. Sed etſi poneres eundem militem poſteriore ſecundi teſtamenti parte iuſſiſſe vt prius teſtamentum valeret nullius fideicõmiſſi verbis additis, non eſſet dubitandum quin hoc ipſo videretur receſſiſſe ab inſtitutione quam poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, ſolúmque heredem illum haberet ex teſtamento & iure directo quem priore teſtamento inſtituiſſet, quaſi tertio facto teſtamento, per quod eſſet ſecundum reuocatum, quia voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l.1.l. quærebatur* 19. *l. eius militis* 34. *in fin. de teſtam. milit.* Ergo quod in *d. l ſi quis priore* (quæ de pagani teſtamento loquitur) heredes priore teſtamento ſcripti nullum ius habent in hereditate niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere propter inſerta fideicommiſſi verba, licèt teſtator voluerit prius teſtamentum valere non ex eo proficiſcitur, quòd fideicõmiſſi verbis voluntatem ſuam teſtator declarauerit, ſed quia nullius momenti ea voluntas eſt per quam prohibeatur qui ex certa re ſcriptus eſt nẽ in ſolidum heres ſit, quoniam eſt contra leges, ſolúmque fideicommiſſi remedium ſupereſt teſtatori qui ſecundo teſtamento heredem ex certa re ſcribit eum, quem tamen in tota hereditate ſucceſſorem habere nolit. Qua de cauſa, aut vt melius dicam, quo exemplo admitterem non illibenter in propoſita ſpecie, id eſt herede ex certa re ſic inſtituto vt tamen prohibitus ſit fauore legitimi heredis ſuccedere in reliqua hereditate, ius eſſe legitimo heredi petendæ ex fideicommiſſo hereditatis aduerſus heredem ſcriptum, ſi cum interpretibus & pragma-

ticis posſem mihi perſuadere, ad inducendum fideicommiſſum nulla fideicommiſſi verba neceſſaria eſſe, nudámque ſufficere coniecturam voluntatis, quod tamen falſum eſſe docuimus *lib.14.Coniect.cap.*2.& apparet euidenter ex *d.l.ſi quis priore*, in qua non ſufficeret proculdubio ad cauſsam inducendi fideicommiſſi, quòd teſtator poſterioribus tabulis priores valere iuſſiſſet, ſi verba fideicommiſſi nulla inſeruiſſet, niſi fortè quis putet plus iuris habere debere legitimum heredem quàm eum qui priore teſtamento ſcriptus fuit. At id ſanè dici non poteſt, non ſolùm quòd maior ſit fauor teſtamentariæ quàm legitimæ ſucceſſionis, ſed etiam quia tametſi ſolam teſtatoris voluntatem inſpicias, longè probabilius dubitari poteſt an qui herede prioribus tabulis ſcripto ex aſſe, alium heredem poſterioribus ſcribit, ex re certa, videatur in totum receſſiſſe à priore teſtamento, quàm vtrum is qui non niſi ex fundo inſtituit heredem, velit inteſtatus decedere in reliqua hereditate. Nam ſi de teſtatoris voluntate quantum fieri poteſt, coniiciendum eſt ex legum iuriſque ratione, fieri facilè poteſt vt quis decedat cum duobus heredibus teſtamentariis, at vt quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, fieri nullomodo queat. Eáque nimirum dubitandi cauſſa erat in *d.l.ſi quis priore*, quòd ſicut inſtitutus ex re certa non heredis ſed legatarij loco habetur, quoties alius heres eodem teſtamento ſcriptus eſt *lege quoties* 13. *Cod. de hered. inſtitut.* Ita dicendum videretur, alio ſcripto herede prioribus tabulis, eum qui poſterioribus ex re certa ſcriptus eſſet, non niſi rem illam habere ex teſtamento debere. Sed decidendi ratio fuit, quia non quemadmodum poteſt quis decedere cum pluribus teſtamentariis heredibus, ita & cum pluribus teſtamentis, nec rurſus cum vno teſtamento ita, vt qui ex certa re ſcriptus fuit in reliqua hereditate ſuccedere prohibeatur, quamuis iuberi poſſit vt vel reliquam hereditatem, vel etiam totam ex fideicommiſſo reſtituat heredibus priore teſtamento inſtitutis, ſicut & alij cuilibet, ſi modò idonea in eam rem fideicommiſſi verba vſurpata ſint, neque ſanè vt hoc addam, facilè poſſum intelligere quid ſibi velint poſtrema illa verba *dict.l.ſi quis priore*, *Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamento fuerit ſcriptum*, vereórque quod iam monui *libr.5. Coniecturar. cap.* 19. ne non tam Marciani ſint quàm Triboniani, cui nihil familiarius eſt huiuſmodi exceptionibus, tum etiam cùm nullus talium exceptionum caſus aut vſus vtilis eſſe poteſt, vt à nobis non vno Coniecturarum noſtrarum loco demonſtratum eſt. Nam in ea ſpecie quam tractamus, id eſt cùm teſtator qui ſecundo teſtamento heredem ſcripſit ex re certa, iuſſit verbis fideicommiſſi vt prius teſtamentum valeret, fierine poteſt vt non totam hereditatem prioribus tabulis inſtituto heredi velit reſtitui, quin pugnantia & ſcribat & ſentiat? Quòd ſi vt *Bartoli* errorem tueare, malis ſic intelligere, vt poſſit teſtator prohibere, ne heres ſecundo teſtamento ſcriptus in re certa, ſit heres ex aſſe, non magis credam tibi aut Triboniano quàm *Bartolo* cùm liqueat mihi de contraria certiſſimáque iuris ratione. Nec magis probo interpretationem *Accurſy* exiſtimantis eius clauſulæ hunc eſſe ſenſum, vt ſi à generali confirmatione prioris teſtamenti excepta ſit res aliqua in eo teſtamento contenta, præualeat exceptio, aut vt ſi quid ſecundo teſtamento ademptum ſit quod relictum fuerat in primo, deinde primum generaliter confirmatum fuerit, præualeat ademptio. Nihil enim commune habet is ſenſus cum præcedentibus, quibus tamen conſtat adaptan-

dam

dam esse exceptionem vt sit accommodata. Mouetur *Bartolus ex lege si Titius 16. D. de condic. instit.* vbi scriptum est ita concepta institutione *Si Titius heres erit Seius heres esto, si Seius heres erit, Titus heres esto:* inutilem esse institutionem cùm condicio non possit existere propter repugnantiam, quasi eadem repugnantia sit, inquit Bartolus, cùm testator herede instituto Titio prohibet expressim ne quicquam ei ex reliqua hereditate adcrescat. Sed sunt ista longè dissimilia. Nam in specie *d. l. si Titius*, nihil est quod melius possit lex dicere vt institutionem tueatur, cùm perplexitas sit in persona heredis, nec quicquam legis interest an Titius heres sit an Seius. Vter enim heres esse debeat, dici non potest, cùm alterutrum duntaxat heredem esse testator voluerit: eam verò condicionem adscripserit quæ existere non possit quin prius alter heres sit, quem tamen heredem esse testator noluit. Itaque non habet hic locum quod dici solet, sub impossibili condicione factam institutionem non vitiari *l. 1. eod. tit.* Tunc enim id obtinet cùm heredis persona certa est, quæ tamen hic incerta est ob ipsam adscriptæ condicionis impossibilitatem, vt & in *d. l. quoties in princip.* ob repugnantem testatoris cum scripto voluntatem, vitiatur institutio, licèt ea repugnantia in cæteris testamenti capitibus nihil obstet quominus testatoris voluntas seruanda sit. At cùm quis heredem scripsit ex re certa prohibito expressim iure adcrescendi, habet lex aliquid melius quod dicat, quàm vt institutionem vitiari patitur: nimirum vt ipsa prohibitio tanquam legibus planè contraria potiùs vitietur. Nam etsi lex pateretur vitiari institutionem propter prohibitionis potestatem, eadem nihilominùs maneret repugnantia non modò iuris & voluntatis, sed quæ longè fortior & absurdior est solius ipsius voluntatis. Ita enim fieret, vt non solùm reliqua, sed etiam tota hereditas ad legitimum successorem perueniret, & consequenter ille quoque fundus, in quo tamen heredem testamẽtarium habere testator voluit. Ideóque nihil causæ est cur dicamus vitiari institutionem propter contradictionem & repugnantiam quæ eadem maneret etiam ab intestato. Quod nõ similiter euenit in specie *d. l. si Titius*, in qua post vitiatam institutionem ex causa repugnantiæ nihil impedit, quominus ab intestato succedatur. At tolle prohibitionem illam iuris adcrescendi, vt conserues institutionem. Nulla repugnantia supereſt, & leges quæ testamenta confirmant, locum habent. Igitur prohibitio potiùs quàm institutio vitianda est cùm alterutram duntaxat vitiari oporteat. Nam si vtramque vitiari diceres ne quid fieret contra voluntatem testatoris, hoc ipso induceres successionem intestati, quod tamen iam diximus salua voluntate fieri non posse. Mouetur etiam *Bartolus* ex *dicto §. si duo, legis quoties 9. Digest. de hered. instit.* in postremis illis verbis *Si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Quorum hanc esse putant sententiam, vt si duo sint heredes instituti vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alius ex besse eiusdem fundi, non possint illi heredes esse ex semissibus si euidenter appareat voluntatem testatoris illam fuisse vt in solo fundo Corneliano heredes essent, reliqua autem hereditas ad intestati successionem deuolueretur. Quę interpretatio sanè commentitia est & ab Vlpiani sensu aliena. Nam cùm ex Sabini & Celsi sententia Vlpianus scripsisset, in proposita specie scriptos heredes ex semissibus scriptos videri quasi sine partibus institutos, subiecit exceptionem illam, si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragetur, id est nisi appareat testatoris voluntatem illam fuisse

Digitized by Google

vt ex iis ipsis partibus heredes essent, ex quibus in fundo Corneliano scripti fuissent, vnus scilicet ex besse, alius ex triente. Neque verò *Bartolus* ipse hoc ignorauit quod fuit apertissimum, sed erroris sui pertinaciùs tuendi gratia improbat hanc interpretationem, ratione sanè quàm eleganti & efficaci, si diis placet. Quoniam, inquit, in distributione partium non est necessaria manifestissima voluntas defuncti. Sufficit enim qualitercumque de mente appareat, etiamsi in testamento aliter scriptum sit. Quasi verò inter manifestam, & manifestissimam voluntatem adeò interst, vt manifesta esse possit, quin sit etiam manifestissima: aut quasi non sit necesse manifestissimam esse testatoris voluntatem, vt qui institutus est ex vna portione videatur heres scriptus ex alia, vt in *dicta l. quoties §.1.* quem locum Bartolus adducit, & quidem ineptè. Ibi enim tractatur de herede scripto ex quadrante, quem testator ex semisse scribi dictauerat: quo casu negari certè non potest quin manifestissimis probationibus opus sit ad eam partem sciendam quam testator dictauit, vt plus nuncupatum minus scriptum inueniatur. Alioqui nihil aliud dici potest quàm vt scripturæ stari oporteat. Nos autem cum Vlpiano in *dicto §. si duo*, eam speciem tractamus, in qua ex iuris ratione sola citra vllam probationem voluntatis aliæ partes debentur, quàm quæ testamento adscriptæ sunt. Nam cùm testator Titium scripserit ex besse fundi Corneliani, Sempronium verò ex triente eiusdem fundi, nos vnicuique semissem damus, acsi sine partibus scripti essent: idque non tam ex patrisfamilias voluntate, quàm ex necessaria iuris ratione, quæ facit vt fundi mentionem detrahi oporteat, qua porrò detracta non possunt supereste partes in eo fundo factæ, ac proinde nihil aliud ex tota institutione supereſt, præter verba illa *Titius heres esto*, *Sempronius heres esto*, quibus verbis eos ex semissibus institutos videri non dubitatur. Ergo si quo casu fieri potest vt Titius ex besse, Sempronius verò ex triente heres videri debeat propter testatoris voluntatem, minùs necesse est tam manifestam esse in eam rem defuncti voluntatis probationem, cùm verbis testamenti ea voluntas quantulacumque sit adiuuetur. Quamquam, vt eloquar quod sentio, mihi tota illa clausula valde suspecta est. Neque enim video quomodo fieri possit vt in proposita specie *dict. §. si duo.* manifesta possit esse voluntas testatoris ad heredes ex disparibus portionibus hereditariis vocandos, cùm nullam prorsus hereditatis aut hereditariarum portionum mentionem fecit, si neque eius voluntatis quam expressit in fundi partibus distribuendis, ratio vlla habetur. Sit sanè non magis puto audiendum esse Titium in proposito casu si probare velit eam fuisse testatoris voluntatem vt heres ipse esset ex besse, quàm si institutio sic concepta proponeretur *Titius heres esto, Sempronius heres esto*, cùm distributis quoque fundi Corneliani partibus perinde fundi mentio detrahenda sit, factæque in fundo partes etiam inuito testatore, acsi distributio illa facta non fuisset: imò difficilius est vt cùm lex repugnantibus verbis testamenti pares fecit portiones hereditarias, quæ ex testamenti verbis essent dispares, admittatur quæstio voluntatis vt ad eam disparitatem reducantur, quam lex iam sustulerit. Quare nec ferè dubito quin eiusdem autoris sit illa exceptio, cuius & ea de qua diximus, *legis si quis priore 29. D. ad S.C. Trebellian.* id est Tribonianī, qui manifestissimas istiusmodi voluntates aut excipere solet aut exigere iis quoque casibus quibus fieri nequit vt

locum

locum habeant. Nisi malis tribuere inepto interpreti, quem Vlpiano manus intulisse apparet ex alio eiusdem legis loco, id est ex §. *si quis primum*, in cuius fine verba illa interpretationis loco posita, *id est trientem iure substitutionis, trientem iure institutionis* sine dubio sunt interpretis. Nam si quis primum ex triente, secundum ex triente heredem instituerit, & si secundus heres non erit, tertium ex asse heredem scribat, hic secundo repudiante bessem habebit non solùm iure substitutionis sed & institutionis, vt Vlpianus ait, ergo vtrũque trientem tam in quo secundus quàm in quo nemo fuerat institutus, & vtrumque institutionis iure si neutrum ex substitutione habere velit, & contrà vtrumque substitutionis iure si ex institutione neutrum velit consequi, quoniam triens ex quo nemo institutus fuerat ei soli accrescit, tanquam sustinenti personam instituti & substituti *leg. nam tertium* 16. *eod.* licet secundo cui tertius substitutus fuit non nisi pro virili parte accessura fuerit adcrescendi iure quæ tota erat ratio ad eum locum dubitandi. Vtut sit non iuuat *Bartolum* Vlp. in *d. §. si duo*, nec item ratio illa quam adducit de seruo sine libertate instituto, qui licet præsumatur institutus cum libertate, si simpliciter institutus sit, si tamen testator expresserit nolle se eum esse liberum, neque liber neque heres est *l. quia ratio* 22. *D. de condic. institut. dict. l. quoties §. vltim.* Nam sicuti ratio iuris non patitur vt seruus heres sit quandiu seruus manet, ita neque facit vt liber fiat inuito domino, cúmque libertatem præcedere necesse sit, ordine saltem intellectus, vt aiunt, si non naturæ *dict. l. quoties §. si quis ita scripserit*, mirum non est corruere institutionem serui cui libertatem dare testator noluerit. At cùm quis heres instituitur ex fundo nihil est quod institutioni noceat præter adiectionem fundi, quia ex solo fundo heres fieri nullomodo potest: sublato igitur mendo relinquitur vt institutio sit vniuersalis, & consequenter vt inuito etiam testatore is qui ex re certa scriptus fuerat totam obtineat hereditatem. Etsi enim inuito testatori heredem dare non possumus quod euenire si seruum heredem scriptum cui libertatem dare voluisset, pro herede haberemus, tamen ei quem heredem habere & voluit & potuit, possumus ipso etiam inuito dare totam hereditatem quamuis nihil nisi fundum ei dederit, ne si nihil omnino ei demus, faciamus contra voluntatem, si vero nihil præter fundum, legibus vim inferamus. Quæ tamen nulla infertur aut legibus aut volũtati testatoris, cùm seruus heres esse negatur, cui libertatem datam videri testator noluit. Nam nec dici potest voluisse heredem esse eum quem sciuit aut scire debuit heredem sine libertate fieri nulla posse ratione. Mouetur postremò Bartol. ex *l. pen. D. de iniust. rupt. & irrit. facl. test. & ex l. si posthumus* 14. *vers. nam & cum duobus De liber. & posthum.* vbi, inquit ille, testator dando substitutum in parte videtur prohibere ius adcrescendi, & rupta illa institutione rumpitur testamentum in totum. Sed nimis euidenter captiosa & inepta argumentatio est. Nam in specie quæ iis locis tractatur, testamentum totum agnatione posthumi rumpitur, non propter tacitam illam prohibitionem iuris adcrescendi quam *Bartolus* infert ex datione substituti, sed propter posthumi præteritionem: Posthumi enim singulare ius est vt totum testamentum rumpat, nec eum tantùm gradum à quo præteritus est, sed etiam cæteros à quibus fuit exheredatus si modo rumpendi tempus & locum inueniat, quod in filio iam nato diuersum est *l. 5. D. de iniust. rupt.* Itaque finge nullum fuisse datum substitutum: ne possis cõmittere prohibitũ inter institutos ius adcrescendi, sed tamen

ab altero duntaxat inſtitutorum exheredatum poſthumum, ab altero præteritum fuiſſe. Æquè dicendum erit totum teſtamentum rumpi agnatione poſthumi. Non ob id ſolùm quod vtriuſque inſtituti ratione videatur præteritus, quia exheredatio à gradu facienda eſt non à perſona, ſed etiam quòd fieri nequeat vt poſthumus teſtamentum vlla ex parte rumpat quin ſuccedat ab inteſtato, nec rurſus vt ab inteſtato ſuccedat quin totam hereditatem obtineat. Alioqui partim ex teſtamento, partim ab inteſtato ſuccederetur. Quod ne accidat cùm inteſtati ſucceſſio denegari non poſſit poſthumo, qui ſuo iure & rumpit & ſuccedit, conſequens eſt vt ex teſtamento ſuccedere inſtitutus prohibeatur. At contrà in eo caſu de quo diſputamus neceſſe eſt teſtamentum valere, ac proinde totam hereditatem ad eum qui ex re certa ſcriptus eſt pertinere, vel ob hoc ipſum ne contra teſtatoris voluntatem fiat locus legitimæ ſucceſſioni, per quam ea quoque res ex qua inſtitutio facta eſt, heredi ſcripto eripiatur: Aut ne paterfamilias pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus videri poſſit ſi inſtitutio ex fundo defendatur, nec prohibitio iuris adereſcendi reiiciatur quæ agnato proximo locum facit. Quòd ſi *Bartoli* ſententia ex ſuperioribus manifeſtè falſa probatur, non minùs, meo iudicio, ridenda eſt *Baldi* diſtinctio, admittentis poſſe ius adereſcendi prohiberi extraneo heredi qui in certa duntaxat re fuit inſtitutus, filio autem prohiberi non poſſe. *Ex §. cæterum alias §. hæc autem Nouell.* 115. *Vt cùm de appell. cognoſc.* Nihil enim aliud eo loco Iuſtinianus conſtituit, niſi vt quamuis iuſſerit pater filium heredem nominatum certis rebus pro ſua inſtitutione & legitima eſſe contentum nihilominùs poſſit agere ad ſupplementum. Itaque quòd ad eam bonorum portionem attinet quæ excedit debitam pro ſupplemento quantitatem, par & æquale ius eſt filij ac extranei heredis, nos autem de eo diſputamus non an certa pars bonorum, ſed an tota hereditas inuito teſtatore adcreſcat ei qui non niſi ex re certa ſcriptus fuit. Idque iam olim à *Paulo Caſtrenſi* & aliis contra *Baldum* rectè vereque diſputatum eſt.

ERROR OCTAVVS.

De heredum inſtitutione quam particularem vocant, & de ea quæ fit partibus diſtributis.

PARTICVLAREM inſtitutionem vulgares interpretes & pragmatici eam vocant quæ fit ex certa re, ſicut & heredem particularem eum qui ex re certa ſcriptus fuit. Vtrumque malè. Tam enim differt particularis heres ab herede ex certa re inſtituto, quàm pars hereditatis à fundo: & ſicuti nemo rectè dixerit partem hereditatis conſtitui ex fundo licèt hereditario, quia fundus conſiſtit in corpore, hereditas autem in iure, nec fieri poteſt vt partes hereditatis eiuſdem naturæ & condicionis non ſint, cuius & ipſa hereditas eſt. Ita ſatendum eſt heredem particularem dici non poſſe eum qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed eum demum qui ex parte hereditatis: quem prudentes ei opponere ſolent cui aliquid ex hereditate inſtitutionis titulo relictum eſt, vt & *l. quoties* 13. *Cod. de hered. inſtitut.* Ergo ſingularis heres potiùs dici debet qui ex re ſingulari ſcriptus fuit, vt

vel

vel ex eo appareat nullomodo esse eum heredem : quandoquidem heres esse non potest qui non idem sit iuris successor *l.quotiens 9.§.heredes D. eod.* Iuris autem successor esse nequit qui non nisi in re singulari succedit. Æquè stolidus & ineptus pragmaticorum nostrorum error ille est, quod heredes partibus distributis factos dicunt quoties testator Titium ex fundo Corneliano, Sempronium ex Liboniano heredes scribit. Cùm tamen distributio patrimonii per præceptiones dicenda illa sit, non distributio hereditatis, quæ sicut nomen iuris est, ita ex assis constitutione æstimatur, nec alias partes habere potest, quàm quæ sunt partes assis, vnciam, sextantem, quadrantem, trientem, quincuncem, semissem, septuncem, bessem, dodrantem, decuncem, deuncem. Si nulla ex his partibus testamento expressa sit, dicuntur heredes scripti sine partibus, licèt totum patrimonium inter eos diuisum fuerit à testatore, ideóque vocantur in semisses, tenentúrque creditoribus hereditariis in viriles, quamuis multò preciosior sit ea pars patrimonii quæ ad vnum ex iis, per præceptionem quàm quæ ad alterum peruenit. *l.ex facto 39. l.asse toto 77.& paß. D.de hered.instit.* iuncta *l.quamuis 14. D.si quis omiß caus. testam.* Idque adeò verum est vt ii etiam sine partibus scripti dicantur qui scripti sunt ex besse, aut triente, aut alia quota fundi Corneliani *d.l. quoties.§. si duo eod.* Qui autem sine partibus scripti sunt, fieri nullomodo potest vt distributis partibus instituti dici possint, non magis quàm vt distribuantur partes quæ nullæ sunt. Illud tamen obseruari volo, quod attinet ad *dict.l.ex facto.* cuius perelegans de hoc institutionis genere nec obscurus tractatus est, Triboniani esse videri totam illam postremam clausulam *Igitur efficere dici*, &c. ad finem vsque legis. Iam enim Vlpianus ad propositam quæstionem de pecunia transportata in prouinciam ad comparandas merces quæ in Italiã adueherentur responderat, Italico patrimonio iungendam eam esse propter patrisfamilias destinationem. Tribonianus verò quasi nihil Vlpianus respõdisset insulsè clausulam illam subiecit, insulsa quoque & mala grammatica conceptam, siue prima illa verba inspicias *Igitur efficere dici* pro eo quod scribere debuerat, *vnde fit vt dicendum sit*, siue quæ sequuntur *vt merces quoque istæ ad heredem eum pertinere.* Scribendum enim erat *pertineant* aut coniunctis tribus infinitiuis accusatiuum pro nominatiuo ponere, sublato articulo *vt* hoc modo *efficere dici merces quoque istas pertinere.* Taceo quòd verba illa *siue scinit, siue ignorauit* nullum nisi ineptum sensum admittunt. Nam cùm referãtur ad testatorem qui pecuniam dederat ad comparandas in prouincia merces postmodũ in Italiam aduehendas, non potest fieri vt ignorauerit in quã causam destinata sit pecunia qui ipse destinauit. Quod si vt probabilius est scientiam intelligas aut ignorantiam non an pecunia in eas merces comparandas destinata fuerit nécne, sed an merces iam aduectæ sint in Italiam aut non, superflua distinctio est, cum iam dictum esset nihil interesse, an viuo testatore sint aduectæ, aut, vt Tribonianus loquitur, prouectæ, an eo iam mortuo. Nam si non eo minùs habendæ sunt pro Italicis, quòd mortuo iam testatore in Italiam aduectæ sint, quantò minùs oberit quod eas in Italiam aductas esse vimus testator ignorauerit? Quod enim mors facere non potest, ignorantia multò minùs potest. Sed hoc obiter & extra rem dictum sit. Simile quiddam à Triboniano factitatum esse in *§.quis, cum esset l. cùm post mortem 43. D.de administr. & peric.tutor.& curat.* nos docuimus *lib.6.Coniect.cap.18.*

ERROR NONVS.

De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.

ERROR hic pragmaticorum noſtrorum magis eſt quàm interpretum. Nam interpretes qui ſciunt legitimæ portionis rationem poni non poſſe niſi deducto priùs ære alieno *l. Papinianus 8. §. quarta autem, & §. quoniam autem quarta D. de inoff. teſtament.* non dubitant quin legitima illa portio quota ſit bonorum non hereditatis. Hereditas enim, vt ſæpius diximus in ſuperioribus, nomen iuris eſt habens commoda & incommoda æriſque tam alieni quàm hereditarii rationem. Bonorum autem appellatio non item, niſi in edicto & tractatu *De bonorum poſſeſſionibus*, quia totum ius illud ad exemplum iuris quod de heredibus & hereditatibus obtinebat, inductum à prætore & comparatum fuit *leg. 1. D. de bonor. poſſeſſion.* Ita fit vt non poſſit non malè agere qui pro legitima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis. Nam ſicut hereditatem totam nemo petere poteſt niſi qui ſe ſolum & ex aſſe heredem dicat ac probet, ita neque partem hereditatis niſi qui ex parte ſit heres. Quiſquis autem ex parte heres eſt, eum neceſſe eſt pro ea parte creditoribus omnibus hereditariis reſpondere, diuiſa ſcilicet ipſo iure & per legem duodecim tabularum inter omnes coheredes totius æris alieni obligatione *lege 1. C. ſi certum petat.* Ex pragmaticis tamen plerique ſunt qui licèt in ore ſemper habeant legitimam eſſe quotam bonorum non hereditatis, putant nihilominus audiendum eum qui pro legitima petat tertiam partem hereditatis, ſi modò pro ea parte paratus ſit repromittere de indemnitate ob æs alienum, ſi quod ſit in hereditate, itémque ob funeris impenſam per quam, ſicut & per æs alienum legitimam minui conſtat. *dict. §. quarta autem.* Huic autem errori cauſſam duo præbuerunt. Vnum illud quod legitima dicitur portio portionis ab inteſtato contingentis *l. cùm quæritur 6. l. quoniam in prioribus 32. C. de inoffic. teſtam.* Ab inteſtato autem habiturus eſſet hereditatem filius. Cui argumento facilis reſponſio eſt, ex comparatione quidem legitimæ ſucceſſionis hereditariæ rationem legitimæ poni debere, ſed hac tamen differentia quod omne æs alienum ante legitimæ computationem dicendum eſt, quod tamen ex hereditate ipſa deduci neque debet, neque poteſt. Itaque ad conſtituendam legitimæ portionis quantitatem, inſpicimus quidem quàtum ab inteſtato habiturus eſſet legitimarius ſi teſtamentum nullum factum fuiſſet, indéque quotã elicimus vt ſi triens, vel ſemis, vel pars aliqua trientis, aut ſemiſſis aſ bonorum non hereditatis, vt ante omnia æs alienum deducatur: alterum eſt quod ex æquitate magis quàm ex iure proficiſcitur. Aiunt enim nihil fore facilius quàm vt legitimæ portionis petitioni mora fiat, ſi ita ius conſtituatur, vt non priùs teneatur heres ad eius ſolutionem, quàm totius æris alieni ratio ſubducta ſit. Habet enim plerumque ea diſcuſſio longas moras, præſertim cùm metu ſiue latentis ſiue iam emergentis æris alieni heres ſcriptus delatam ſibi hereditatem non agnoſcit niſi cum beneficio legis & inuentarii. Quis enim æquum putet vt hoc prætextu legitimæ

peti-

petitio aut ſaltem perceptio differatur? Aut quid intereſt heredis an legitimario det tertiã partẽ bonorum deducto ære alieno, an tertiam partẽ hereditatis, cùm vtroque caſu futurum ſit vt totum æris alieni opus ipſe ſubeat, nulla verò ex parte legitimarius? Speciosa ſanè ratio apud malos iſtos æquitatis arbitros, iuris ſcripti prorſus ignaros, ſed quæ Iuriſconſultum non mouere nullomodo debet. Non enim an heredis aut alterius cuiuslibet qui cõuenitur nec ne, inquirendũ eſt ad dandam vel denegandam actionem de qua agitur, ſed illud tantùm inſpiciendum an ea actio competat ex iuris ratione. Iam autem probauimus fieri nullomodo poſſe vt partem vllã hereditatis peterepoſſit is qui nulla ex parte heres eſt: Adeo vt nec aliud dicendũ ſit tametſi conſentiat ille qui conuenitur. Non enim ex rei voluntate ſed ex iure æſtimandum eſt an actio illa competat nécne quæ ab actore exercetur. An igitur feremus vt prætextu æris alieni nondum benè explorati legitimæ ſolutionis mora fiat? Minimè. Interim. n. quandiu dubitatur quid & quantũ ſit in legitima, poteſt & debet bonus iudex pro eo quod probabilius ſuſpicatur certam quantitatẽ decernere quæ lite pendente & in ſingulos annos ſoluatur filio, imputanda poſteà in eos fructus quos pro legitima deberi conſtabit ſi ſufficere poterũt, ſin non ſufficient, in ipſius quoque legitimæ diminutionem, idque temperamentum Senatus noſter paſſim ſequi ſolet. Sed & putarem nõ iniquè decerni poſſe, ſi per heredis tergiuerſationem fieret ne tam citò expediri legitimæ taxatio poſſet, hactenus coercendam eius contumaciam, vt in fiduciæ ſpecié, & vt loquuntur, per modum prouiſionis condemnaretur ad eam bonorum partem præſtandam quam deberet ſi nullo ære alieno hereditas laboraret, præſtita ſaltem ſatiſdatione non de æris alieni ſi quod erit rata portione arbitrio boni viri exſoluenda vt pragmatici exiſtimant, ſed de reſtituendo ſi quid amplius quàm ex legibus dari debuerit acceptum eſſe quandoque apparebit. Exemplo remedij quod in legatis à prætore inductum eſt nec prætextu legis falcidiæ & incerto eo an locum habitura eſſet nécne, aut legatariis mora heret aut heredi iniuria *l. 1. & tot tit. ſi cui plus quàm per leg. falcid.* Sic. n. euenit vt legitima portio, non aliqua hereditatis pars præſtetur, nec eò minùs tamen iuris rationi in eo ſatisfiat quod in cõputanda & æſtimãda legitima æris alieni deductio perinde facienda eſt, ſolutione ſola repræſentata in pœnã & odiũ heredis, moræ occaſionẽ vltrò inde captantis. Moram. n. & quidẽ euidentem nullãque dignam excuſatione omnino præcedere neceſſe eſt, vt ad hoc remedium peruenirì poſſit. Alioqui ſi inculpata ſit heredis cunctatio prius illud temperamentum quod à Senatu noſtro probatum diximus, ſequendum eſt. Numquam verò ferendum vt is cui legitima duntaxat debetur quique nulla ex parte heres eſt admittatur ad petendam pro legitima partem hereditatis, tametſi peridoneam offerat ſatiſdationem.

ERROR DECIMVS.

De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.

NVLLAM aut interpretes aut pragmatici differentiam agnoſcunt inter heredẽ ex certa re inſtitutum adſcripto coheredẽ ex parte, aut ſine parte ſcripto, & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte in-

ſtitutus & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. Vtrumque.n.volunt heredis loco haberi in quibuſdam, in cæteris verò legatarij iure cenſeri, atque ita tertiam conſtituere ſpeciem heredis, qui nec abſolutè heres nec legatarius dici debeat, ſed heres ex re certa, vt *Bartolus* vocat, aut vt pragmatici dicunt, heres particularis. Et ſanè vtrumque legatarij loco haberi ſcribit Iuſtinianus in *l.quoties* 13. *Cod.de hered.inſtit.* Ego verò, etſi fateor nihil intereſſe quod ad ſubeunda onera hereditaria pertinet, cùm alius ex aſſe aut ex aſſis parte aut ſine parte heres ſcriptus fuit, quæ legis Iuſtinianeæ ſententia eſt in *d.l.quoties*. Puto tamen hactenus intereſſe, quod heres ex re certa ſcriptus dato coherede nullo caſu heredis loco eſt. i. nec ſi coheres ille datus deceſſerit ante aditam hereditatem aut delatam repudiauerit, quia iam inde ab initio, & ex quo inſtanti coheres ei adſcriptus fuit legatarij loco haberi cœpit, nec proinde ius adcreſcendi habere magis poteſt quàm alius legatarius quilibet, propter eas rationes quas attulimus ſuprà *cap.* 5. Legatarium autem conſtat ius adcreſcendi in hereditate habere nullomodo poſſe, nec ſi teſtator velit, quia ius adcreſcendi non tam ex teſtatoris voluntate eſt, quàm ex lege, imputaríque poteſt teſtatori ſi legatario totam hereditatem acquiri voluit herede repudiante aut ante aditam decedente, cur legatarium heredi vulgariter non ſubſtituerit. Idque meo iudicio innuit Papin. in *l.cohered.* 41. *§.vlt. De vulg.& pupill.ſubſtit.* cùm ait eum qui certæ rei heres inſtituitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinere Non dixit *coherede nullo exiſtente*, ſed *coherede non dato*, vt intelligamus ſufficere quòd datus ſit coheres ex parte, aut ſine parte, ne is qui ex certa re ſcriptus fuit, heredis iure cenſeri poſſit. At qui ex aliqua aſſis parte heres inſtitutus eſt licet eodem teſtamento eadémque, ſi voles, clauſula certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt licèt datus ei ſit coheres, quandiu ſcilicet coheres ille non adijt, nec priùs legatarij loco haberi incipit, quã coheres adierit, ideóque ſi coheres ille repudiet aut ante aditam hereditatẽ decedat, habebit hic proculdubio ius adcreſcendi, erítque ex toto aſſe heres non ſecus acſi certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus non fuiſſet. Secuta verò coheredis aditione, licet legatarij loco haberi incipiat, hactenus vt neque creditoribus, neque legatariis vlla ex parte teneatur, non magis quàm ſi nullomodo heres eſſet, *d.l.quoties*. Adeò tamen heres manet, vt ſi talis perſona ſit quam inſtitui neceſſe fuerit aut exheredari, non idcirco præteritus videri poſſit quod non ſit exheredatus, ſed pro ritè & ſolenniter inſtituto habeatur. *§.hac autem alias §.caterum Nouell.* 115 *Vt cùm de appell.cognoſ.* vbi Iuſtinianus conſtituit vt ad validitatem teſtamenti ſufficiat quod filius à patre vel à matre heres ſcriptus ſit, licet ex certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, cùm tamen ea conſtitutione id vnum ſe agere Iuſtinianus profiteatur, ne filius prætereatur aut ſine cauſſa exheredetur. Alioqui Iuſtinianum in ea conſtitutione non ſatis ſibi conſtitiſſe fatendum erit ſecundum ea quæ docuimus *Decade ſuper. in errorem* 6. ſi non hac donetur interpretatione. Id verò longè diuerſum eſſet, ſi filius ab initio non niſi ex certa re ſcriptus proponeretur, dato coherede. Non enim poſſet videri heres eſſe qui in nulla hereditatis parte ſcriptus eſſet, aut partem vllam hereditatis habere, qui vnam duntaxat haberet rem quamuis hereditariam, qũia in re vna non poteſt conſiſtere hereditas, aut pars hereditatis quæ iuris eſt. *lege quamuis* 14. *D.ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamen.* Dices neque partem

Digitized by Google

tem vllam hereditatis habere cum qui certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt: Sed reſpondeo, imò verò eam ipſam partem hereditatis habere intelligi ex qua fuit inſtitutus, ſed tamen tanti æſtimatam à teſtatore, cuius voluntati omnimodo ſtandum eſt, quanti ſunt res illæ quibus contentus eſſe iuſſus fuit. Idque ita eſſe apparet euidentius ex eo quòd ſi heres, aut ex aſſe, aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem certa aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actiones in fideicõmiſſarium ex Senatuſconſulto Trebelliano *§. ſi quis vna Inſtit. de fideic. hered. l. ſi legatus* 30. *§. multum intereſt D. ad SC. Trebell.* quod vtique non fieret ſi heres ſcriptus ſiue ex aſſe ſiue ex parte ob id minùs heres dici deberet, quòd pro ſua inſtitutione contentus eſſe certa re iuſſus eſſet. Nam vt ex Trebelliano tranſeant actiones, non ſolùm heredem eum eſſe neceſſe eſt qui rogatur, ſed etiam rogari tanquam heredem *l. mulier* 22. *§. vlt. D. eod.* vbi ex hoc infert Vlpianus, Si cui portio hereditatis fuerit legata (legari enim poſſe placet) rogatúſque fuerit legatarius hanc partem hereditatis reſtituere non fieri reſtitutionem ex ſenatuſconſulto, ideóque nec quartam retineri. Quo exemplo multò magis dicendum eſt, ſi quis ex certa re heres ſcriptus, in qua etiam dodrans totius hereditatis conſiſtat, eam rem alteri reſtituere rogatus ſit, non fore locum Trebelliano, cui non aliter locus eſt quàm ſi de hereditate, & hereditariis actionibus transferendis agatur, ſicuti nec locus eſt Pegaſiano vt cogi poſſit ad adeundam hereditatẽ is qui ex certa re ſcriptus eſt adiecto coherede, quia nec poteſt videri rogatus niſi de ea ipſa re reſtituenda, quę clauſula non poteſt inducere Pegaſianum *l. cogi* 16. *§. & generaliter eod.* Denique non poteſt eiuſmodi heres ex certa re ſcriptus & rogatus de ea reſtituenda, retinere quartam, niſi cùm ſolus ſcriptus eſt vt in *l. ſi quis priore* 29. *eod.* Quæ omnia diuerſa ſunt in herede ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit. Non enim diſtinguimus an coheredem habeat necne, ſiue de transferendis cũ hereditate actionibus hereditariis agatur, ſiue de adeundi coactione, ſiue de quarta deducenda: ſed in omnibus habemus eum pro vero herede vt eſt, etiam quod magis eſt poſt reſtitutam hereditatem (neque enim Senatus fecit aut facere potuit, vt qui ſemel heres fuiſſet, eſſe poſtea deſineret) niſi in eo quod creditoribus hereditariis & legatariis reſpondere non cogitur, ſicut nec ipſe aduerſus debitores hereditarios actionem vllam habet poſteaquàm hereditatem reſtituit. Quid autem intereſt an qui ex parte hereditatis aut ſine parte ita ſcriptus eſt, iuſſus ſit contentus eſſe certis rebus vt eám hereditatis partem quam accepit, alteri per fideicommiſſum reſtituat, an vt potiùs adcreſcẽdi iure coheredi ſuo adquiri patiatur? Nihil prorſus. Vtroque igitur caſu heres manet, quia ſemel fuit, nil obſtante adiectione illa *ita tamen vt fũdo Corneliano pro ſua parte contentus ſit.* Ea namque adiectio licèt non ſit legibus improbata & effectum habeat vt nihil præter fundum Cornelianum ex hereditate conſequi heres poſſit, non tamen afficit ius & nomen heredis, id eſt non impedit quominus ſemper verum ſit hanc ex ſemiſſe aut ex triente heredem eſſe, ſed ſpectat magis ad diuiſionem patrimonij, vt qui ex ſemiſſe aut triente ſcriptus eſt, quamuis pro ea parte ſit heres, cogatur tamen contentus eſſe ea re quã teſtator pro portione dedit, licet æſtimationis ſit longè minor: quemadmodum contingit cùm is qui nihil in bonis habebat præter fundos Cornelianũ & Libonianũ, inſtituit Titium ex Corneliano, & Semproniũ ex

Liboniano. Non enim eo minùs intelligentur scripti ex semissibus, quamuis fundus Corneliánus efficiat dodrantem hereditatis, Libonianus verò non nisi quadrantem *d. l. ex facto 33. de hered. instit.* Differentia tantùm in eo est quòd illo casu tenentur ad exsolutionem æris alieni pro semissibus, quia cùm pariter sint instituti, & eâdem formâ institutionis, nihil aliud dici potest quàm vtrumque ex æquis portionibus teneri, quando non posset inueniri vter potius ab æris alieni exsolutione immunis esse deberet. At cùm quis ex certa parte sic institutus est, vt tamen iussus sit certa re contentus esse, & coheres adiectus est aut sine parte, aut ex parte aliqua absolutè, non addito eo vt certis rebus contentus sit, dicimus solum illum coheredem teneri creditoribus hereditariis, quia dissimili & ampliore institutionis forma heres scriptus reperitur. Quod tamen vereor ne constitutioni Iustiniani in *d. l. quoties* accepto ferendum sit magis quàm iuris rationi. Nihil ius etenim veteris iuris aut in Pandectis aut in Codice locis est quo probari possit, scripto Titio ex semisse, & Sempronio ex alio semisse cum hac adiectione vt Sempronius fundo Corneliano contentus esse cogatur, Sempronium nullam æris alieni partem debere: Longéque alia, ni fallor, hac parte ratio fuit fideicommissarij, alia coheredis. Nam si Sempronius ex semisse institutus rogatus esset partem suã restituere Mæuio solo fundo Corneliano retento, aut quod idem est, præcepto, fateor quod iam dixi ius ita fuisse vt actiones omnes hereditariæ per restitutionem hereditatis in Mæuium transferrentur, Sempronius verò nulla prorsus ex parte aut creditoribus aut legatariis teneretur *d. l.* 30. §. *multum interest D. ad S. C. Trebel.* Nimirum propter autoritatem senatusconsulti Trebelliani quo idipsum expressim cautum erat vt in eos quibus ex testamento restituta esset hereditas, actiones omnes quæ heredi & in heredem competebant transferrentur *l.* 1. *D eod.* At inter coheredes nulla fit translatio aut portionũ hereditariarum aut iurium, neque senatusconsulti neque alterius vllius legis auxilio: & qui semel heres fuit cùm semper heres maneat ex ea portione hereditaria ex qua primùm scriptus heres fuit, licèt nihil ex hereditate præter aliquam rem vel minimam retineat, necesse est vt iis ipsis oneribus hereditariis implicitus maneat, quibus primùm fuit obstrictus; Neque enim ius adcrescendi exonerare eum potest quia nec locum habet in portionibus agnitis *l. vnic. §. his ita diffinitis C. de caduc. tollend.* Tam autem agnoscit semissem integrum, ex quo scriptus est Sempronius, qui eam solam rem retinet qua contentus esse iussus fuit, acsi semissem ipsum totum retineret: cùm eam non alio iure habeat quàm quia eo testamento heres scriptus est: Atqui scriptus est ex semisse. Nihil enim commune habet ius hereditatis aut portionis hereditariæ cum eo commodo quod ex hereditate percipitur & retinetur. Nam & inde fit vt quamuis nihil sit in hereditate quæ non est soluendo, nihilominus heres creditoribus hereditariis teneatur, si non inuentarij beneficium implorauit, quia perinde heres verus est atque si locupletissima hereditate potiretur. Inde etiam illud, quod si senatusconsulti Trebelliani autoritas non interueniret, dicendum esset heredem qui fide plenissima testatori exhibita hereditatem totam fideicommissario restituisset, omnibus tamen oneribus hereditariis obstrictum fore, quia & heres manet, vt diximus, ob idque nimirum necessarium fuit auxilium senatusconsulti, ne destituerentur supremæ defunctorum voluntates, nolente herede scripto eam adire hereditatem ex qua

lucrum

Digitized by Google

lucrum nullum ſperare, damnum verò certiſſimum ſubire poſſet. Nihil ergo eſt in propoſita ſpecie, quod Sempronium ex ſemiſſe inſtitutum & certa re contentum eſſe iuſſum poſſit exonerare, quominùs creditoribus hereditarijs teneri debeat, præter Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.quoties*, quæ proculdubio hac in re nouum ius fecit. Illud enim verbum quo Iuſtinianus vtitur *decernimus* præ ſe fert manifeſtè nouum ius ea lege conditum. Ius autem nouum nullum eſt quod ad heredes ex certa re ſcriptos. Quis enim prudentum vnquam dixerat heredem ex certa re ſcriptum adiecto coherede teneri creditoribus hereditariis? aut, vt Iuſtiniani verbis vtar, aliquam diminutionem actionum hereditariarum occaſione heredum ex certa re ſcriptorum fieri? Non poteſt igitur ius nouum à Iuſtiniano inductum ad alios pertinere quàm ad heredes ex aliqua aſſis parte ſcriptos, & iuſſos certis rebus pro ſua inſtitutione eſſe contentos. Quos etſi legatariorum loco haberi nemo vnquam ex prudentibus dixit, ſed eos demum qui ex re certa ſcripti ſunt dato coherede, Iuſtinianus tamen ſuo & pragmaticorum noſtrorum more pinguius quàm ex iuris ratione par eſſet omnia æſtimans, ſic loquitur in *d.l.quoties*, quaſi nihil interſit an certę rei quis heres ſit, an certæ partis pro qua certam rem retineri teſtator voluerit. Etſi verò poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem nihil ſanè intereſt, quod ad onus æris alieni, quia ſic placuit Iuſtiniano ipſa etiam inuita iuriſprudentia, intereſt tamen quod ad cætera, maximè autem quod ad hoc, vt qui ex certa re heres ſcriptus eſt coherede dato, neque heres, neque exheres dici poſſit, ideóque præteritus videri debeat ſi filius ſit aut alius qui vel inſtitui debuerit, vel exheredari: Non ſimiliter is qui ex certa aſſis parte ſcriptus eſt, tametſi fundo Corneliano in eius partis vicem contentus eſſe iuſſus ſit. Itaque abutuntur euidenter Iuſtiniani conſtitutione in *d.§.caterùm Nouell.*115. qui putant valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut matre inſtitutus ſit in certa re vel quantitate pro legitima. Sic enim faciunt vt Iuſtinianus qui vtique meliorem facere voluit condicionem filij vt & omnium quibus legitima debetur, fecerit deteriorem in eo quod hodie habebitur filius pro ritè inſtituto, in eo ipſo caſu, in quo habitus olim fuiſſet pro præterito. Quod quàm à Iuſtiniani mente alienum ſit Iuſtinianus ipſe teſtatur, cùm ait, nihil ſe aliud agere, niſi vt ab eo cui legitima debetur arceat notam præteritionis aut exheredationis. Quare nec de filio ex certa re ſcripto Iuſtinianus loquitur, ſed de filio herede nominato qui pro ſua inſtitutione certam rem ſibi habere iuſſus eſt. Ergo de filio qui ex aliqua hereditarij aſſis parte, non ex certa re fuit inſtitutus.

* *
*

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS DECIMASEXTA.

ERROR I.

De ineunda æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut stricto.

TOTAM hanc quæstionem De ineunda rei debitæ æstimatione, siue ex bonæ fidei iudicio, siue ex stricto vel arbitrario debeatur, tractauimus fusissimè, nec vt nobis videmur insubtiliter *lib. 16. Coniecturarum iuris ciuilis.* Sed tamē quia vix alia vlla in forensibus disceptationibus occurrit frequentior, De ea visum est hìc etiam dicere quantum satis erit, non ad leges omnes quæ ad hanc rem pertinent explicandas (poterit enim id ex Coniecturis nostris commodè suppleri) sed ad pragmaticorum & interpretum errores demonstrandos, ne quis posthac in eos nisi sciens & prudens impingat. Primus omniū error ille est quod putant nullam hac parte differentiā esse inter iudicia bonæ fidei & stricta: In omnibus enim spectandam esse æstimationem quanti plurimi vnquam res fuit ex die moræ in diem vsque condēnationis: ne alioqui eueniat vt debitori sua prosit frustratio, si aut morę nulla ratio habeatur, aut debitor eius æstimationis quæ hoc aut illo tempore minor fuerit præstatione liberetur. Mouentur ex eo quod quibusdam iuris nostri locis scriptum vident spectari tempus moræ siue per dici adiectionem lapsúmque contracta sit vt in *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. vltim. de condict. tritic. l. quoties 59. De verb. obligat. l. hominem 37. D. mandat.* siue per interpellationem extraiudicialem vt in *l. penult. D. de condict. tritic. l. 3. §. si per venditorem D. de act. empt.* Aliquando verò spectari tempus litis contestatæ, cùm nulla præcedentis moræ mentio fit, vt in *dict. l. vinum dict. leg. vltim. dict. leg. hominem, l. 3. §. in hac D. commod.* Aliquando denique inspici tempus rei iudicandæ & condemnationis vt in *dict. §. si per venditorem & dict. leg. penultim. De condict. tritic.* Quos omnes locos non aliter inuicem conciliari posse putant, quàm si admittamus omnia ista tempora æquè spectanda esse, id est vtro tempore pluris res fuit moræ aut litis cōtestatæ aut condemnationis, vel potiùs, quomodo loquuntur, quódque longè diuersum est, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ vsque ad condemnationem. Nam si etiam post condemnationem

tionem quoque æſtimatio creuerit, quid illi dicendum exiſtiment ſeparatim poſteà videbimus. Ita vulgò noſtri omnes poſt *Bartol. ad diſt. l. vinum de rebus credit. ad diſt l. penultim. De condict. tritic. & ad l. 3. §. in hac commod.* Contra quos tam multa ſunt quæ vrgent ſi ex iuris ratione & legibus res agatur vt nihil improbabilius dici poſſe videatur. Primùm enim negari non poteſt, differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricta quam illi nullam agnoſcunt, apertiſſimè conſtitui ab Vlpiano in *diſt. §. in hac*, vbi ait in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ tempus quanti res ſit obſeruari, quamuis in ſtricti iuris iudicijs litis conteſtatæ tempus ſpectetur. Et ratio diſſimilitudinis euidens ex iis quæ in ſequentibus dicturi ſumus, facilè intelligetur. Nam quòd illi differentiam hanc quam fateri coguntur coarctant ad eum caſum quo per actoris iuſiurandum in litem non officio iudicis aut actionis iure res æſtimetur, quàm ab Vlpiano rectàque iuris ratione alienum ſit ſuo etiam loco diſſeremus. Deinde quamuis prudentes nunc his nunc illis locis aliter atque aliter ſentire videantur, ſpectantes aliquando tempus moræ, vt diximus, aliquando tempus litis conteſtatæ, nonnumquam etiam tempus condemnationis, nullibi tamen reperias ſic eos loqui vt dicant ſpectandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuerit, ſed (idque non niſi certis duntaxat caſibus) vtro tempore pluris res fuit aut hoc aut illo, vt in *diſt lege certus l. ſi per venditorem D. action. empt.* Quia loquendi formula longè alia quàm hæc quanti plurimi æſtimatio ſignificatur. Ea ſcilicet, quæ hoc aut illo tempore præciſe fuit, non quæ medio tempore maior interceſſit. Neque verò vnquam Iureconſulti æſtimationis huius *quanti plurimi* meminerunt, niſi in tractatu legis Aquiliæ *l. aut lex* 21. *& paſſ. D. ad leg. Aquil.* aut cùm diſputant de condictione furtiua *lege in re furtiua* 3. §. 1. *D. de condict. furt.* qui caſus propriam & ſeparatam habent rationem: Prior quidem propter verba legis Aquiliæ quæ volunt æſtimari rem quanti plurimi fuit eo anno quo damnum datum eſt facta retrorſum anni computatione: Poſterior verò, quia fur ex quo furtum admiſit moram in furto ſemper facere intelligitur *diſt. l. in re* §. 1. *& l.* 2. §. *quæſitum D. de priuat delict.* Sed & in eo noſtri errant quod non diſtinguunt aut mora per interpellationem extraiudicialem contracta ſit, vt in *l. mora* 32. *D. de vſur. l. ſi ex legati* 23. *De verborum obligat.* an per lapſum diei poſiti in obligatione, vt in *diſt. lege vinum* 22. *de reb. credit. d. l. vltim. De condict. tritic. diſt. l. quoties* 59. *de verbor. obligat.* cùm tamen inter vtramque moram intereſſe quàm maxime, vt ex ſequentibus apparebit. Nec multo feliciùs a recentioribus interpretibus tota hæc quæſtio explicata eſt. Sunt enim qui diſtinguant vtrum merx debeatur an ſpecies vt *Franciſcus Hotomanus in quæſt. illuſtr. quæſt.* 16. *& Iacobus Cuiacius ad Africanum in l. mercis* 207. *De verborum ſignificati.* Contrà quàm ſcriptum ſit in *diſt. l. vltim. de condict. tritic.* quæ eadem iuris eſſe ait in cæteris rebus omnibus quod in mercibus. Item in *diſt. l. 3. §. in hac Commod.* quæ cùm vult ſpectari tempus rei iudicandæ in bonæ fidei iudicijs & litis conteſtatæ in ſtrictis, tractat proculdubio de ſpecie debita potius quàm de merce, quia commodari tantùm ſpecies poteſt non etiam merx ut dicebam cauſſa & ad oſtentationem vt ſcriptum eſt in §. *fin. eiuſd. legis & in l. ſeq.* Alij diſtinguunt an mora aliqua præceſſerit litis conteſtationem necne, vt ſi præceſſerit nulla differentia ſit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, ſi non præceſſerit, tum verò id obtineat,

quod diximus, vt in illis tempus rei iudicandæ in his litis conteſtatę inſpiciatur. Cùm tamen nullus omnino iuris locus ſit ex quo probare poſſit in iudiciis ſtrictis reuocari debere æſtimationem ad tempus moræ. Nam quod his ipſis ferè verbis ſcriptum videtur in *d. l. penult. D. de condict. triticar.* longè aliam habet ſententiam & ad eum duntaxat caſum pertinet quo ſpecies debita facta ſit deterior poſt moram. Quo caſu ſicuti non dubitatur quin morosi debitoris periculo ea deterioratio cedere debeat, ſicut & mors ipſa cederet, ſi homo debitus periiſſet poſt moram *d. l. ſi ex legati* 23. *De verb. obligat.* Ita nec fieri poteſt vt aliter ineatur æſtimatio quàm inſpecto tempore moræ: quod non ſimiliter contingit cùm eadem manente ſpecie, id eſt non facta deteriore, at fortaſſis etiam meliore reddita nihilominus æſtimatio eius decreuit, precijs rerum omnium eiuſdem ſpeciei pro tempore imminutis. Idque mirum eſt non fuiſſe animaduerſum à *Iacobo Cuiacio* qui ſibi parum hic conſtans in poſterioribus cogitationibus, id eſt *tract. 8. ad African.* ad *d. l. hominem*, magis probat hanc diſtinctionem, quam & probare cœperat ad *l. 59. De verb. obligat.* Mea igitur, & ni fallor, prudentum quoque omnium ſententia eſt, ſiue merx, ſiue ſpecies debeatur, & ſiue mora aliqua conteſtationem præceſſerit, ſiue nulla, diſtingui debere iudicia bonæ fidei à ſtrictis, in ſtrictis enim ſpectari præcisè tempus litis conteſtatæ non aut moræ præcedentis aut ſubſecutæ condemnationis, licet tunc cùm conteſtata lis eſt, minoris res fuerit *d. l. vinum d. l. vlt. d. §. in hac d. l. hominem*, niſi dies ſolutioni dicta ſit vt ex iiſdem locis apparet. In iis verò quæ bonæ fidei ſunt, ſpectari quidem etiam tempus litis conteſtatæ ſi tunc pluris res ſit, ſed ſi aut quo tempore mora ante conteſtationem admiſſa eſt, aut quo res in condemnationem deducitur, maior æſtimatio proponatur ſpectari debere vtro tempore pluris res fuerit, nunquam autem quanti plurimi ab vno tempore in aliud tempus res fuit. Sed ſi dies in obligatione adiecta & ſolutioni dicta fuerit, eius diei æſtimationem præcisè & indiſtinctè ſequendam eſſe, id eſt in omni contractuum, & iudiciorum genere, ſiue poſteà res pluris eſſe cœperit, ſiue minoris. Verùm vt hæc omnia melius & commodiùs intelligantur de ſingulis ſeparatim & breuiter tractandum eſt. Sic enim fiet vt errores quoque interpretum & pragmaticorum apertiùs detegantur.

ERROR SECVNDVS.

De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita æſtimanda.

IN iudiciis bonæ fidei ſi de ineunda rei debitæ æſtimatione quæratur, ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ apertè ſcribit Vlpianus in *l. 3. §. in hac D. commod.* vbi non ſolùm de actione commodati tractat, ſed generaliter de omnibus bonæ fidei iudiciis, nec valde diſſimiliter in *l. 3. §. ſi per venditorem D. de action. empt.* Niſi quod vbi tractans de actione empti & venditi quæ bonæ fidei eſt, ait inſpici debere vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt intelligamus quod ſcriptum eſt in *d. l. in hac* de inſpiciendo tempore rei iudicandæ ſic accipi oportere. Non dicam, quomodo interpretes loqui ſolent, niſi mora

niſi mora aliqua condemnationem præceſſerit(vix enim eſt vt nulla præcedēte mora perueniatur vnquam ad condemnationem extra caſum *l.3.in princip. D. de vſur.*)ſed potiùs,niſi moræ quæ præceſſit tempore pluris res fuerit quàm tunc ſit cùm deducitur in condemnationem.Hoc enim caſu bona fides,quæ in his iudiciis exuberat maximè,ad inducendas pleniſſimas præſtationes,non patitur vt melioris cōditionis ſit debitor à quo petitur extra iudicium quàm ſi eo ipſo inſtanti litem ſecum cōteſtari pateretur:ſcilicet quia quod ad bonam fidem præſtādam attinet nihil interēſt an in iudicio, an extra iudicium petatur,nec in aliud cōparata ſunt iudicia niſi vt exerceantur contra inuitos,*l.inter ſtipulātem* 83.§.1. *De verb.obligat.*non etiam contra eos qui bonam fidem vltrò cognoſcere parati ſunt *l.quoties* 9 *§ ſicut autem. D.de adminiſtr.& peric.tutor.*Atqui ſi eo tempore quo petitum eſt extra iudicium lis conteſtata fuiſſet,tùmque æſtimatio maior fuiſſet quàm ſit tempore condemnationis,ea proculdubio æſtimatio deberetur quæ tunc fuiſſet.Nam quę ratio facit vt in iudiciis ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectari oporteat,eadem locum habet in iudiciis bonæ fidei,quia ſcilicet quale quid eſt cùm petitur tale dari debet,*l.2. D. de vſur.*vt in ſequentibus dicemus. Nulla enim cauſſa eſt propter quam meliorem eſſe oporteat conditionem moro debitoris ob id ſolùm quòd bonæ fidei iudicio conueniatur Moræ ſiquid ē præcedentis ratio coniūcta cum bona fide, quo magis non quominùs cōdemnari reus debeat,facit. Ergo quemadmodum litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſſet in ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei,ſiue tunc res pluris fuiſſet etiam mora alia præcedente, ne creditori noceat quod ante conteſtationem in mora debitorem conſtituerit,ſiue mora nulla præceſſiſſet quia eo ſaltem tempore mora contraheretur quo fieret litis conteſtatio.Eadem ratione dicendum eſt bonam fidem efficere vt ſi per interpellationem extraiudicialem, & citra conteſtationem mora contracta ſit,tempus illud moræ extraiudicialis inſpici oporteat. Iſque Vlpiani ſenſus eſt in *dict.l* 3. *§.ſi per venditorem. De action.empt.*cùm ait venditorem qui in mora fuit tradendæ mercis debitæ condemnari debere vtro tempore res pluris fuit, moræ aut condemnationis,vtraque enim mora eſt tam quæ per congruam interpellationem contrahitur,quàm quæ per litis conteſtationem,& vtraque, vt diximus,eiuſdem effectus,cùm ex bonæ fidei iudicio agitur. Indēque nimirum factum eſt vt neque illo,neque vllo alio iuris loco meminerint iureconſulti litis conteſtatæ,cùm de iudiciis bonæ fidei diſputant,ſed tantùm vel moræ vel condemnationis,ſiue quòd moræ appellatione eam quoque ſcirēt contineri quæ per conteſtationem contraheretur,ſiue quòd non putarent fieri poſſe vt quiſquam dubitaret, quin debitor ex contractu bonæ fidei æquè duram condemnationem ſubire deberet ſi litis conteſtatæ tempore pluris res fuiſſet, atque ſi ſtricti iuris iudicio vrgeretur. Nam vt ea æſtimatio præſtari debeat quæ conteſtationis tēpore fuit, non fit alia quàm certiſſima conſtantique iuris ratione,quæ proculdubio ſemper ſequenda eſt ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictum iudicium proponatur,niſi cùm bona fides ſuadet vt ex iis contractibus in quibus bonam fidem exuberare oportet,plenior fieri debeat condemnatio:quod ipſum tum demum euenit,cùm moræ aut rei iudicandæ tempore pluris res eſt quàm tempore litis conteſtatæ,non cùm minoris.Cæterum moræ ratio propter bonam fidem non vſque adeò habenda eſt etiam in iudiciis bonæ fidei,vt ſi rei debitæ æſtimatio creuerit à die moræ in diem

Digitized by Google

litis conteſtatæ, aut à die litis conteſtatæ in diem vſque cõdemnationis, tanti debitorem cõdemnari oporteat. In quo interpretes & pragmaticos omnes errare video qui quoties hanc quæſtionem tractant, ſemper de quanti plurimi æſtimatione loquuntur. Fruſtra enim Iureconſulti hoc aut illud tempus ſpectandũ eſſe dicerent, vt in *d.l. vinum* 22. *D. de reb. credit. l. pen. & vlt. D. de condic. tritic. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* aut vtro tempore pluris res fuit, vt in *d.l. §. ſi per venditorem. De action. empt.* ſi è contrario quanti plurimi ab hoc aut illo tempore res fuiſſet inſpici oporteret. Nam quod dicimus in his iudiciis quæ bonę fidei ſunt ſpectari tempus moræ, non ſit in odium morę vt vulgò creditur (alioqui cùm moræ odium nullum eſſe poſſit niſi ex quo contracta eſt, non morę tempus inſpici deberet, ſed omne illud quod moram ſecutum eſſet) at quia iuris & bonæ fidei coniuncta ratio id euincit, Iuris, quoniam quale quid eſt cùm petitur tale dari debet etiam ex iudicio quod ſit ſtricti iuris. Bonæ fidei verò, quia licèt peti demum id dicatur quod per iudicem petitur, & de quo iudicium accipitur *lege amplius* 15. *D. rat. rem haber.* bona tamen fides non patitur vt exiſtimare debeamus quicquam referre an per iudicem an ſine iudice petatur, id quod ex bonæ fidei contractu debetur. Itaque quale, quantum, quantique id fuit, cùm petitum eſt etiã extra iudicium tale tantúmque præſtari, & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſſe cœperit tempore litis conteſtatæ aut condemnationis. Media verò tempora quod ad hanc rẽ pertinet non curamus niſi cùm de condictione furtiua diſputamus, propter eam rationem quam nos ſuo loco oſtendemus, cùm tractabimus *De quanti plurimi æſtimatione.* Excipiendum tamen eſt & ſeparandum à cæteris bonę fidei iudiciis iudicium mandati. Nam ſi hominem ſiue certum ſiue incertum pro te dari fideiuſſerim, & deinde Stichum ſoluerim, nec pluris nec minoris condemnandus mihi es quàm quanti Stichus tunc fuit cùm à me ſolutus eſt, licèt poſtea pluris eſſe cœperit morę tempore, aut condemnationis ſiue mora per extraiudicialem interpellationem contracta ſit, ſiue per conteſtationem. Sic enim accipiendus eſt Africanus in *l. hominem* 37. D. *mandat.* Et ratio diſſimilitudinis aperta eſt, quia actione mandati nihil peti poteſt niſi quod mandatario abeſt ex cauſſa impleti mandati quoniam nec plutis eius intereſt *l. inter* 26. *§. abeſſe* D. *mand.* Mihi autem qui pro te Stichum ſolui nihil abeſt niſi quanti ſolutionis tempore is Stichus fuit, cùm ſi tantúndem eo ipſo die aut poſtridie mihi præſtitiſſes liberatus fuiſſes. Nam ſi velim dicere, imò verò abeſſe mihi Stichum quem hodie haberem & pluris vendere poſſem aucta iam ipſius æſtimatione ſi pro te non ſoluiſſem. Habes paratam exceptionem, non poſſe fieri vt mihi Stichum debeas, quem pro te ſolui, ſed neceſſario Stichi æſtimationem deberi, quæ porrò ſemel certa debita nunquam ex poſtfacto creſcere poteſt, non magis quàm vt ex decem numis fiant vndecim. Toties enim creſcere poteſt æſtimatio quoties ipſa res debetur, cuius pretium pro temporum varietate mutatur. Semperque in hac quæſtione illud ante omnia inſpiciendum eſt quid ſit in obligatione, an æſtimatio an res ipſa: neque enim quæſtioni locus eſſe poteſt, cuius tẽporis habenda ſit ratio in inundata rei debitæ æſtimatione, cùm non res, ſed eius æſtimatio ſolã iam debetur. Quod tamen de mandati actione dicimus, idem de actione negotiorum geſtorum dictum intelligi debet, vt ſi negotia tua gerens Stichum pro te ſoluerim, tanti condemnari mihi debeas quãti tunc Stichus fuit cùm à me ſolutus eſt: hæc enim

actio

Digitized by Google

actio non ſolùm bonæ fidei eſt, ſed etiam accedit quàm maximè ad actionem mandati, nec ferè in alio differt niſi quod actio mandati competit: ita demum ſi mandatum præceſſerit, hæc verò cùm nullum mandatum interceſſit *l. ex mandato* 20. §. 1. *D. mandat.* Cæterùm vtraque competit ad id quod abeſt ex cauſſa vel ſuſcepti mandati, vel negotij geſti. Proinde vtriuſque actionis eadem hac parte vt in cæteris ferè omnibus ratio eſt. Errat autem egregiè Iacobus Cuiacius qui ad Africanum in *dicta l. hominem*, ſcribit vel ex eo maximè loco probari, conſtituendam eſſe in hac quæſtione differentiam inter iudicia bonæ fidei, & ſtricti iuris, propterea quòd, inquit, Africanus apertè dicat differre actionem mandati quæ bonæ fidei eſt ab actione ex ſtipulatu in qua non ſolutionis tempus ſpectari vult, ſed litis conteſtatæ. Habet enim actio mandati naturam propriam, nec minùs à cæteris bonæ fidei iudicijs omnibus, ſi negotiorum geſtorum actionem excipias quàm ab actione ex ſtipulatu ſeparatam, quod & *Cuiacius* fatetur.

ERROR TERTIVS.

De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda.

DIXIMVS primo huius Decadis capite, ita ius comparatum eſſe vt in iudiciis quæ ſtricti iuris appellantur, aut vt Papinianus dicere malebat in *lege* 3. §. *in his quoque D. de vſuris.* quæ nec bona fidei ſunt, nec arbitraria, tempus litis conteſtatæ præciſè ſpectari oporteat, quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione, præciſè, inquam, id eſt nulla ratione habita eius æſtimationis quæ maior ſit temporis condemnationis aut eius quæ maior fuerit tempore moræ ſi qua præceſſerit litis conteſtationem, atque ita accipi debere quod ſcriptum eſt in *lege vinum* 22. D. *de rebus credit. l. vltima* D. *de condict. tritic. l. hominem* 37. D. *digeſt. mandat. l.* 3. §. *in hac.* D. *commod.* Ratio eſt quam Papinianus licèt in aliam rem adfert in *lege* 2. D. *de vſuris.* quod quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, ſiue pluris tunc res ſit quàm antè fuerit aut poſteà eſſe cœperit, ſiue minoris. Peti autem res tunc intelligitur cùm de ea iudicium accipitur, non autem cùm vel interpellatio extraiudicialis ſit ad inducendam moram, vel deducitur lis in condemnationem *l. amplius* 15. D. *rat. rem haber. d. l.* 2. iunct. *l. videamus* 38. §. *ſi actionem.* D. *de vſur.* Itaque nullo iuris loco ſcriptum reperias in hoc iudiciorum genere inſpiciendum eſſe tempus moræ aut rei iudicandæ, aut aliud vllũ denique præterquàm litis conteſtatæ: niſi cùm in diem certam debitum fuit. Tunc enim placuit eius diei æſtimationem præciſè ſpectandam eſſe, *d. l. vinum d. l. vlt. & l. quoties* 59. D. *de verb. oblig.* vbi ratio redditur *Alioquin rei captio erit.* Cuius hic ſenſus eſt, Debitoris damno & fraudi ceſſurum eſſe ſi adiecto die alterius temporis ſiue præcedentis ſiue ſubſequentis in æſtimãda re debita ratio haberetur, cùm in eam diem expreſſim obligationẽ concipi voluerit, vt dubitari non poſſet quin eius tẽporis rationẽ haberi oporteret. De quo dicemus latiùs *cap. ſequenti.* Hîc adnotaſſe ſufficiet interpretes & pragmaticos omnes malè ſupradictis

legibus abuti vt probent,etiam in iudiciis ſtrictis ſpectandum eſſe tempus moræ quæ conteſtationem præceſſerit ex interpellatione extraiudiciali. Quaſi nihil interſit an mora contrahatur per lapſum temporis an per extraiudicialem interpellationem. Nam imò verò intereſt quàm maximè,quia mora quæ per lapſum diei in obligatione poſiti contrahitur,pendet & proficiſcitur non ſolùm ex iure obligationis,ſed etiam ex verbis conuentionis. Ideóque quantumuis obligatio ſtricta ſit & ſtrictè interpretanda,fieri tamen nequit vt eius temporis quod ſpecialiter & expreſſim in conuentionem deductum eſt rationem haberi non oporteat. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm alio quàm obligationis iure & ſola interpellationis extraiudicialis poteſtate contracta eſt mora: non quòd ex contractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei ſunt mora contrahi nequeat per interpellationem extraiudicialem & citra conteſtationem. Sed quia cùm ex iudiciis ſtrictis nulla bonæ fidei ratio habeatur,ſed mero ſtrictóque iure fiat condemnatio,nulla quoque moræ extraiudicialis ratio haberi poteſt,niſi hactenus vt ſi poſt eam moram res perierit aut deterior facta ſit,nihilominùs obligatio qualis quantáque anteà fuit perpetuetur acſi res non periiſſet aut deterior facta non fuiſſet,*l. ſi ex legati* 23. *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur. & §. vlti. De verb. obligat. l. promiſſor* 21. *& l* 23. *D. de pecun. conſtit.* Nam vt in iudiciis bonæ fidei ſpectemus eam æſtimationem quæ fuit tempore moræ,non fit ex iuris ratione aliqua,ſed tantùm ex iudicij æquitate,id eſt ex bona fide quæ in eo iudiciorum genere pleniores & vberiores præſtationes inducit,vt proximo capite dicebamus. Vnde fit vt nec aliter tempus illud moræ ſpectandum ſit, quàm ſi res eo tempore pluris fuerit,*l.* 3. *§. ſi per venditorem. D. de action. empt.* quia non eſſet ex bona fide vt in moroſi debitoris commodum moræ tempus inſpiceremus, repugnante præſertim ipſa iuris ratione quæ in omni contractuum & iudiciorum genere ſpectari vult tempus litis conteſtatæ. At in iudiciis ſtrictis nullus æquitati ad irrogandam grauiorem condemnationẽ locus relinquitur,quia nec negotij natura id patitur,nec ipſa etiam bona fides in eo genere negotiorum interpretationem hanc admittit. Fit enim proculdubio ex negotiorum qualitate & differentia,vt contractuum alij bonæ fidei, alij ſtricti iuris eſſe exiſtimentur. Itaque mala eſt & inepta illa interpretum & pragmaticorum ratiocinatio,cùm aiunt,Adiecta die in obligatione ſi de æſtimanda re quæratur ſpectari diem illam quaſi tempus moræ,propterea quòd,inquiunt,dies tacitè interpellat pro homine *l. magnam. Cod. de contrah. & commit. ſtipul.* Vt inferant,multò igitur magis ſpectandum eſſe tempus moræ per interpellationem expreſſam contractæ, ne alioqui maior taciti quàm expreſſi vis eſſe videatur. Negandum enim eſt quod illi pro vero habent ſpectari diem in obligatione adiectam,quaſi ad eam diem tacitè interpellato debitore & in mora conſtituto. Nam vt ſpectetur æſtimatio,quæ tum fuit,facit voluntas ſola contrahentium, quos dici non poteſt alia de cauſſa diem certum obligationi adieciſſe,niſi vt eius temporis non alterius vllius ratio haberetur,ſiue in æſtimanda re debita,ſiue in taxando eo quod creditoris ob non factam ſolutionem intereſſet. *l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat. l. ſi fundum certo die* 114. *de verborum obligat. l.* 3. *D. de in lit. iur.* Ex quo euenit vt etiamſi maximè ex bonæ fidei iudicio agatur aduerſus eum qui ad certum diem dare rem debuit,

Digitized by Google

riec dedit, perinde ſpectari debeat quanti res eo die fuit, licèt poſt diem æſtimatio creuerit, ita ferente ſcilicet natura & conditione obligationis, vt ſequanti capite dicemus, cùm tamen ſi nó niſi propter moram eo tépore contracta deberetur æſtimatio quę tùm fuiſſet auctæ poſtmodum æſtimationis rationem nihilominus haberi oporteret, ſi fortè lis conteſtatæ aut iudicandę tempore pluris eſſe res proponeretur *dict. l. 3. §. ſi per venditorem D. de actionem. empt. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* Sed multò grauior interpretũ & pragmaticorum error ille eſt, quòd volunt Aucta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ, tametſi fortè minoris tunc ſit cùm lis conteſtatur, vel in condemnationẽ deducitur. Nullo enim caſu id verum eſt ſiue bonæ fidei iudicium ſiue ſtrictum exerceatur, ſiue purè ſiue in diem certum concepta ſit obligatio. Nam cum quoniam mora nunquam auget principalem obligationem, ſed tantùm eam quæ eſt, perpetuat inducítque præſtandarum acceſſionum æquitatem quantum iudicij natura ferre poteſt. Atqui æſtimatio rei quæ pro re debita præſtatur non acceſſionis iure cenſeri debet, cùm perinde ſit in obligatione principali, atque reſipſa in cuius vicem locúmque præſtatur. Non igitur ob id quòd mora præcellerit amplioris æſtimationis condemnatio fieri poteſt. Nam & cùm moræ tempus ex bona fide ſpectandum eſſe admittimus, id eſt in iudiciis bonæ fidei, non ad moram contractam reſpicimus, ſed ad id quod cùm quale quíque eſt cùm petitur tale dari debeat *dict. l. 2. de vſur.* bona fides poſtulat vt exiſtimare debeamus nihil intereſſe an per iudicem an extra iudicium petatur id quod debetur. Indeque fit vt inſpiciamus eo caſu tempus quo mora contrahitur, non illud, quo iam contracta eſt, quod tamen maximè ſpectandum eſſet ſi moræ odium ſententiam hanc aduerſus rationem iuris extorſiſſet. Neque enim moræ odium vllum eſt, niſi ex quo contracta fuit. Prius autem eſt vt contrahatur, quàm vt contracta videri poſſit. Illa igitur differentia inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris admittenda eſt, quod in his quę ſtricti iuris ſunt ſpectamus præciſè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ aut condemnationis, media verò tempora multò minùs. In aliis autem quæ bonæ fidei ſunt ſpectamus quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præciſè quin præcedentis moræ aut rei iudicandę dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit. Non tamen quanti plurimi res fuerit à die moræ in diem vſque litis conteſtatę aut à die litis conteſtatę in diem vſque condemnationis. Excipiẽdus ſemper caſus ille eſt quo in diem certum obligatio concepta proponatur. Tunc enim idem iuris in omnibus ſiue bonę fidei ſiue ſtrictis iudiciis obtinet vt eam æſtimationem deduci in condemnationem præſtarique oporteat, quę illo ipſo tempore fuit, ſiue maior fuerit ſiue minor quàm ſit tempore interpellationis, aut cõteſtationis, aut condemnationis. De quo ſupereſt iam vt videamus.

ERROR QVARTVS.

De æſtimandare in diem certum debita.

OMNIS obligatio vel purè concipitur, vel in diem, vel ſub conditione, ſi purè concepta ſit & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatio-

ne obtinent ea quæ iam diximus. Si ſub condicione quid ſtatuendum ſit proximo capite dicemus. Si in diem certum (incertus enim pro condicione habetur, nec minùs in contractibus quàm in vltimis volontatibus *lege ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certam De verbor. obligat. lege dies incertus* 79*l. De condic. & demonſtr.*) cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit, elegantis eſt diſceptationis. Etſi enim pleriſque iuris locis generaliter & indiſtinctè ſcriptum legimus tanti rem æſtimandam eſſe quanti eo die fuit, quo dari debuit vt in *lege, vinum* 22. *D. de reb. credit. l. vltim. De condict. triticar. lege hominem* 37. *D. mandat. lege quoties* 59. *D. de verborum obligat.* Id tamen noſtri & interpretes & pragmatici paſſim ſic intelligunt, vt ſi ab eo tempore æſtimatio creuerit, condemnandus ſit debitor quanti plurimi vnquam res fuit, ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris iudicium exerceatur. Perinde, inquiunt, acſi mora per interpellationem expreſſam contracta eſſet. Nihil enim intereſſe putant inter hanc & illam moram, & odio moræ adſcribunt hoc ipſum quod dicimus, Adiecta die æſtimationem illam quæ tum fuerit, deberi quaſi tacitè interpellato eo qui ad certum diem dare debuit, vt eadem ſit ratio tacitæ & expreſſæ interpellationis. Ego contrà puto: adiectionem diei facere vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit non propter moram, quæ ex ſolo diei lapſu contracta ſit, ſed ex contrahentium voluntate, quam negari non poteſt talem fuiſſe, vt ſiue pluris, ſiue minoris tunc res eſſet, tempus illud vnicum & præciſè ſpectari oporteret. Nam ſicuti dies adiicitur pro reo vt totum medium tempus liberum habeat ad ſoluendum nec ante diem inquietari poſſit *lege eum qui* 41. §. 1. *& lege ſequent.* D*e verb. obligat.* Ita & pro ſtipulatore, vt reus intelligat ſibi ſoluendum eſſe ad eam diem: nec poſt eam diem facturum ſe ſatis ſi ſoluat, nil præterea præſtet quanti interfuit creditoris ea die ſolutum fuiſſe *lege ſi certo die* 114. *eodem. l. numis* 3. D. *de in lit. iur. lege ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat.* vbi elegans ratio redditur quæ & ad propoſitam diſputationem maximè pertinet, quòd ex eo tempore quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui potuit. Inde enim fit neceſſariò, vt non alia æſtimatio deberi poſſit, quàm quæ præciſè fuit eo tempore, quo rem dari ex conuentionis verbis oportuit: ſiquidem ante nouiſſimam illius diei horam, imò verò nouiſſimę horę vltimo inſtanti potuit promiſſor ſoluendo ſatisfacere conuentioni, poſt eam horam deſiit poſſe, itaque in id concurrit voluntas vtriuſque contrahentium, vt ſi res ad diem ſoluta non erit, ea præciſè & omnimodo debeatur æſtimatio, quæ tùm fuit, ſiue maior fuerit, ſiue minor quàm quæ ſuperuenit, non ſecus acſi diſertè conueniſſet, vt non facta ad diem ſolutione, quanti tunc res eſſet præſtaretur: quo caſu nemo dubitaret, quin alia æſtimatio deberi nulla vnquam poſſet, tametſi poſt moram millies ſi voles contractam pluris eſſe res cœpiſſet, quia ſemper in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequimur id quod actum dictúmque eſt, nec interueniens mora facere poteſt vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetretur obligatio quę alioqui erat interitura, vel acceſſionum præſtatione augeatur *l. fundum Cornelianum* 28. D. *de nouat.* vbi Papinianus ſcribit, ſi fundum Cornelianum ſtipulatus poſtea ſtipuler quanti fundus eſt, agentem me quandocumque ex ſecunda ſtipulatione etiam poſt moram promiſſoris non ampliùs conſecuturum quàm quanti res fuerit tempore interpoſitę ſtipulationis, nimirum propter verba illa ad id tempus relata *quanti*

res eſt

res est quæ ad aliud tempus extendi nullomodo possit. Eam autem solius diei adiectionis vim esse quam dicimus, ex eo apparet quòd quamuis ex stipulatione cæteriſque contractibus stricti iuris nihil peti possit suprà quàm obligatione ipsa sit comprehensum, nec si mora contracta sit, *l. quicquid adstringenda 99. de verborum obligation. l. 4. D. de vsuris.* tamen cùm stipulatio diem certum habuit, & fructus debentur stipulatori, qui ab eo die percepti sunt, & vsuræ & generaliter quicquid interest stipulatoris solutum sua die fuisse, *dicta l. si fundum certo die* 114. *De verborum obligation. dict. l.* 3. *De in lit. iur.* Quasi his omnibus expressim deductis in stipulationem hoc ipso quòd dies inserta est, dictaque solutioni. Quòd si in accessionibus id obtinet, multò magis admittendum est debere idem æstimatione ineundâ obtinere, quæ nihil aliud est quàm ipsa res, quæ eo die dari debuit, aut saltem ipsius rei loco succedit. Et sanè ius hoc quod à prudentibus constitutum est vt adiecta die inspici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio moræ debitoris, sed ex vi ipsa & potestate obligationis descendere intelligi facilè potest ex eo, quod prudentes ineundæ æstimationis rationem hoc casu semper referunt ad illam ipsam diem in qua fieri solutio debuit, qua tamen die nulladum mora contracta videri potest, cùm, vt diximus, non nisi post vltimum illius diei instans præteritum quicquam peti à debitore possit *lege qui hoc anno* 42. *De verborum obligation.* Constat enim moram nullam intelligi vbi petitio nulla est, *l. mora* 88. *de regulis iur. l. si pupillus* 127. *de verbor. obligation* Prius autem est vt mora contracta sit, quàm vt moræ tempus inspici possit. Quare tametsi ponas aliquid esse quod impediat ne mora per rei lapsum contrahatur, vt puta si eo die nemo fuerit qui solueret debitore fortassis defuncto vel creditore, nedum adita eius hereditate. Non tamen dubito quin idem iuris sit si de re debita æstimanda quæratur, id est quin ea ipsa æstimatio debeatur quæ tunc fuit, quoniam ita ferunt verba stipulationis. Nam etsi creditor stipulatus esset pœnam in casum non solutę ad diem pecuniæ, pœna nihilominùs committeretur, quamuis sit illa longè odiosior, durúmque videatur pœnę obstringi eum cui nihil possit imputari *lege ad diem* 77. *eodem. l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Hoc ideò quia vt quod ex stipulatione debetur possit exigi, sufficit conditionem stipulationis extitisse, nec præterea requirimus vt debitor fuerit in mora. Nihil enim commune habet mora cum iure obligationis, neque interest quicquam stipulatoris an mora contracta sit nécne, vt possit id exigere quod sibi non propter moram debetur, sed propter stipulationem. Et verò cùm dicimus in æstimatione rei debitę ineunda morę tempus spectandũ esse aut etiam rei iudicandæ vtro tempore res pluris fuit (quod non euenit nisi in bonæ fidei iudiciis cùm dies obligationi adiecta non est (non tam ad ius obligationis respicimus quàm ad bonâ fidem, quæ cùm in hoc iudiciorũ genere plenior & exuberatior esse debeat facilè hanc admittit interpretationé, quoniâ bona fides non patitur vt melior sit cõditio debitoris ob id quod nõ nisi extra iudiciũ interpellatus est, quàm si in iudicio interpellatus, litémque cõtestatus esset, aut vt non debeat eam æstimationé præstare quæ rei iudicandæ tẽpore maior reperitur, cùm si rẽ ab initio debitor dedisset eâ nunc actor haberet; quæ verò data non est, & dari iam olim debuit, saltẽ hodie dãda est, inquit Paulus in *l. si sterilis* 21 §. *cum per vẽditorẽ. de act. emp.* Atqui cùm constat quid actũ & in obligationé deductũ sit, sufficit potestas obligationis,

nec necesse est recurrere ad bonę fidei interpretationem, quandoquidem ex bona fide non minùs quàm ex iuris necessitate illud quoque est vt quod actum dictúmque fuit omnimodò præstetur. Fieri ergo nequit siue iuris rationem inspicias, siue æquitatem illam quæ ex bonę fidei interpretatione inducitur, vt obligatione in diem certum concepta æstimetur res debita alterius quàm expressi temporis habita ratione, non solùm si stricti iuris iudicio agatur, quod minorem habet dubitationem, sed etsi bonę fidei actio exerceatur. Dices, ita constituto iure futurum vt debitoris mora ei profit, cùm si dies adiectus non esset, eam æstimationem vtique deberet quę aut interpellationis, aut contestationis, aut rei iudicatę tempore pro iudiciorum qualitate & varietate maior reperiretur. Sed iam respondi moram facere non posse vt obligatio augeatur, non magis quàm vt Stichum & Pamphilum post moram debeatis, quilcitra moram Stichum duntaxat deberet, aut vt debeat quindecim qui non nisi in decem obligatus fuit. Quemadmodum igitur sic concepta obligatione *si fundum Calendis proximis non dederis, quanti nunc is fundus est dari*, nemo dubitat quin licèt mora contracta lisque contestata & condemnatio irroganda sit, ea tamen æstimatio debeatur, quę fuit tempore contractę obligationis, tametsi posteà longè pluris fundus esse cœperit *dicta l. fundum* 28. D. *de nouat.* Ita fatendum est, simpliciter concepta in diem certum obligatione non aliam æstimationem deberi posse quàm quę tum fuit cùm dari res debuit, quamuis mora contracta sit, & post moram æstimatio creuerit, quia sola diei adiectio facit vt perinde sit ac si in casum non factę solutionis promissa fuisset disertis verbis ea æstimatio quę illo ipso die futura esset.

ERROR QVINTVS.

De ineunda æstimatione rei debitæ sub conditione.

INTER certam & incertam diem multum interest. Diei enim certæ adiectio facit vt quoties quæritur quid ex contractu præstari oporteat, æstimanda sint omnia ex eo die quo dari res debuit, idque ex tacita contrahentium voluntate quos non alia de causa obligationi certam diem iniecisse dici potest, eóq; casu obtinèt quę proximo capite disputauimus. At cũ dies incerta est fieri nequit vt de certa æstimatione ineũda cõtrahẽtes cogitauerint, quia non potest incerti tẽporis certa vlla esse æstimatio, non magis quàm si sub cõditione obligatio cõtracta proponeretur. Dies enim incertus pro cõditione est, nec minùs in obligationibus quàm in testamentis *l. stipulatio ista* 38. §. *inter cert. ã.* D. *de verb. obl. l. dies incertus* 102. *De condi. & demõ.* Ergo etsi quid sub cõditione debeatur, nec existente cõditione soluatur, æstimatio facienda erit alio tẽpore inspecto, quàm quo extitit cõditio, quia licèt diei tã certę quàm incertę & cõditioni cuilibet cõmune illud sit vt non magis ante diem agi possit quàm ante cõditionẽ existentẽ, posteà verò quàm dies venit aut cõditio extitit perinde agere liceat, tamẽ differẽtia in eo est, quod posteaquàm dies venit quę ab initio certa fuit, desinit promissor posse satisfacere conuen-

Digitized by Google

cõuentioni,adeò vt etiam ſi prima diei ſequẽtis hora ſoluat,verũ tamẽ ſit nõ ſoluiſſe illũ quo tẽpore ſoluere ex conuentione debuit. Vbi verò conditio extitit,non eo minùs ſatisfacit conuentioni debitor ſi aut interpellatur aut ante interpellationem ſoluat,quamuis longo pòſt tempore,quia exiſtens conditio nihil aliud facit niſi vt obligatio quæ primùm fuit conditionalis pura fiat & pro eo habeatur, acſi ab initio pura fuiſſet.At ſi conditio nulla adſcripta eſſet non eo minùs admitteretur debitor ad ſolutionem quandocunque faciendã & quidem ex natura & poteſtate conuentionis, quoniam quod obligatio pura eſt eò tantùm pertinet vt ſtatim vrgeri poſſit,non autem vt hoc ipſo definat poſſe conuentioni ſatisfacere quaſi iam in mora conſtitutus,alioqui dicendum eſſet in eodem tempore & obligationẽ & morã contractã intelligi,quod certè nec iuris nec æquitatis ratio admittit *l.quod dicimus* 105. D. *de ſol.l.promiſſor Stichi* 21.§.1. *D.de conſt.pecu.* Proinde ſi [illegible] ſub conditione debebatur exiſtente conditione ſoluta non ſit, nihil cauſæ eſt cur in ea re æſtimanda tempus illud ſpectare debeamus quo conditio extitit, quia vnũquidque æſtimandum eſt ex eo tempore non quo primùm peti, ſed quo nouiſſimè ſolui potuit,vt eleganter Celſus ſcribit in *l.ſi Calendis* 11. *D.de re iudi cat.* Quodnam igitur tempus ſpectabimus? *Bartolus* quem vt cæteri vulgares interpretes,ita & pragmatici ſequuntur,ſcribit ad *l.quoties* 59 *D. de verb.obligat.* ſpectandum eſſe tempus interpellationis quæ facta ſit poſt exiſtentẽ conditionem ſtipulationis, propter moram quæ tunc contrahitur. Eſt.n. *Bartolus* & poſt eum cæteri in perpetua illa hæreſi vt putent morę tempus ſemper inſpiciendũ eſſe ſiue purè ſiue in diem certã incertámve aut ſub conditione concepta fuerit obligatio, & ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris actio exerceatur: Quod quoniã nos in præcedentibus ſatis ſupérque refutauimus, ſupereſt hoc vnũ, vt quid obligatione ſub cõditione contracta ſentiendum putemus, exponamus.Quãquam hoc ipſum quoq; ex ijs quæ hucuſq;diximus intelligi facilè poteſt.Nã ſi obligatio cõditionalis poſt impletã conditionem pro pura habetur,cõſequens eſt vt idẽ omnino iuris obſeruari debeat, quod obtineret ſi obligatio purè cõtracta proponeretur. Atqui eo caſu diſtingueremus bonæ fidei iudicia à ſtrictis. Nãm ſtrictis ſpectaremus tẽpus litis cõteſtatæ præciſè, non etiã moræ, vẽl cõdemnationis, in alijs verò vtro tẽpore plutis res fuiſſet aut morę aut rei indicandę *l.3.§ in hac.ff.commod.l.vlt.ff.de condict. tritic. l.3.§. ſi per venditorem ff.de act.empt.* Idem igitur dicendum erit,eadémq.diſtinctio adhibenda ſi obligatio cõcepta fuerit ab initio ſub cõditione quę poſteà extiterit.Obſtat tamen & nobis & *Bartolo* quod Iulianus in *l.quoties* 59. *De verbor.oblig.* eandem in hac quęſtione rationẽ cõſtituere videtur diei & conditionis. Ait enim, Quoties in diem vel ſub conditione oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit. Tunc enim,inquit,ab eo peti poteſt, alioquin rei captio erit. Conſtat enim obligatione contracta ſub conditione diem ipſius non ſolùm ceſſiſſe, ſed etiã veniſſe,intelligi ſtatim atq.conditio euenit *l.credere diem* 213. D*e verb.ſignific.* ideóque protinus ex ea agi poſſe,non ſecus ac poſtquam dies obligationis in diem certam conceptæ venit agi ex eo poteſt,Bartolus vt ſe euoluat, cõditionis quidẽ tempus ſpectandũ eſſe vult:ſed ita tamen & ſub hac veluti conditione ſi interpellatio ſecuta ſit quæ eo ipſo tempore fieri proculdubio poteſt. Sed repugnant euidenter verba Iuliani. Aliud enim eſt ſpectari tempus exiſtentis cõditionis,vt Iulianus vult. Aliud verò ſpectari tẽpus interpellationis

vt *Bartolus* contédit:Sicut & aliud eſt,iam peti quod debetur, aliud verò peti tantùm poſſe.Iuliano placet inſpiciendum eſſe tempus quo peti poteſt:*Bartolo* contra tempus illud quo iam petatur, ſaltem per extraiudicialem interpellationem. An igitur admittendum erit ſicut diei certæ, ita & conditionis exiſtẽtis tempus ſpectandum eſſe in æſtimatione rei debitæ ineunda? Ita putat *Iacob Cuiacius in commentarijs ad Tit. de verb.obligat.* nec tamen qui eqúa reſpondet ad eas rationes quas in contrarium facere ſuprà diximus, aperta ſanè,vt mihi videtur,fœdáque diſſimulatione,quaſi nec viderit quid obijci poſſet. Nos in coniecturis noſtris docuimus id quod res eſt, delenda eſſe verba illa *vel ſub conditione* tanquam abi mperito interprete addita potiùs quàm à Iuliano Interpretem.n. facilè illud fallere potuit quòd vidit eandem eſſe diei [illegible], in eo vt tam conditione quàm die exiſtente agi cõtra debitorem poſſit: Quaſi non alia ratio ſit propter quam obligatione in diẽ concepta æſtimationẽ eius diei inſpici oporteat,quàm quia eo tẽpore peti poſſit.Id enim & Iulianus ipſe innuere videtur cùm ait, *Tunc enim ab eo peti poteſt.* Sed obſeruare interpres debuit rationem illam non tam eò pertinere vt doceat cur ex die exiſtente ſtipulationis neũda ſit æſtimatio, quàm cur non ex eo quo interpoſita ſtipulatio eſt. Dubitandi.n.cauſſam illud præbebat, quòd obligatione in die concepta ſtatim dies cedit deberique intelligitur, tametſi dies nondum venerit *d.l.cedere diem.* Sed negat Iulianus quicquam ex eo rectè inferri poſſe,quia licèt iam tũ debeatur, nihildũ tamen peti poteſt. Atqui non eadem dubitandi cauſſa eſſe potuit,ſi de conditionali quoque obligatione Iulianus tractaſſet. Neq.n. ex cõditionali obligatione quicquá debetur niſi exiſtente demũ cõditione. Quo igitur colore intenderet cõditionalis creditor etiá poſt impletá conditionẽ æſtimari rem debere ex die interpoſitæ ſtipulationis? Nullo prorſus. Igitur quemadmodum in conditionali ſtipulatione non eadẽ ratio dubitandi fuit, quę in obligatione concepta in diẽ certá, ita nec ad eam accommodari debet ratio illa decidendi,*Tunc enim ab eo peti res poteſt.* Nam & cũ quęritur,cur obligatione in diẽ certá contracta æſtimationẽ quæ tunc fuit præciſè ſpectari oporteat,non illá quæ maior minórve ſuperuenit ſiue interpellationis tempore,ſiue litis conteſtatæ aut rei iudicandę, non eſſet ratio illa idonea quia eo demũ die peti res potuit, alioqui dicendum eſſet obligatione purè contracta tẽpus interpoſitæ ſtipulationis ſpectandum fore quia iam tum agi ex ea ſtipulatione poſſet, quod tamen nemo vnquá dixit:ſed ad aliam rationẽ recurrendũ erit, quá Celſus tradit in *d.l ſi Calendis* 11. D. *de re iud.* quod æſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit: Obligatione autẽ in diem certá concepta, certũ eſt nouiſſima eius diei hora deſinere poſſe ſolui ex conuentione quod ea die dari debuit, quia poſt eam diẽ ſera oblatio & ſolutio eſt: Quod non ſimiliter dici poteſt cum obligatio purè contracta fuit, aut ſub conditione quæ extiterit, quia nõ eo minùs liberũ eſt promiſſori ſoluendo quandocũq; ſatisfacere cõuentioni in tẽpus vſq; litis cõteſtatæ: Quę res facit,vt in æſtimãda re debita extra caſum illũ,quo dies certa adiecta eſt,tẽpus litis cõteſtatæ inſpici debeat,etiáſi mora extraiudicialis cõteſtationẽ præceſſerit,niſi cùm actionis, inſtitutę qualitas & natura facit, vt nõ minorẽ moræ quá conteſtationis rationem haberi oporteat propter bonã fidem, quod non niſi in bonę fidei iudicijs contingit. Eáq; etiá ſententia eſt rationis illius quę apud Iulianũ ſequitur,*alioquin rei captio erit.* Id.n.procul dubio ſibi vult Iulianus, Rei promiſſoris

captio-

captionem & damnum fore si ita ius constitueretur, vt ex die interpositæ stipulationis æstimari rem oporteret quæ in diem certâ concepta fuisset, quandoquidem dies non pro stipulatore adiicitur, sed pro promissore vt totum intermedium tempus liberum habeat ad soluendum, nec antequàm dies venerit vrgeri ad solutionem possit. Proinde nulla ratio est cur ad eam æstimationem debitor condemnetur quæ maior fuit antequàm dies veniret, sicut neque ex contratio liberaretur dando æstimationem, quæ aut stipulationis interpositæ aut medio tempore minor fuisset: quia imputari ei posset cur eo tempore non soluerit, cùm si soluisset liberationem consequi potuisset. Vnde fieri necesse est vt id tempus spectari oporteat quo dies obligationis venit. Non autem similiter possis rationem illlam *alioquin rei captio erit* sic interpretari vt rei captio futura sit si in æstimanda re quæ in diem debita fuit, aliud tempus inspicias quàm quo dari res debuit, puta morę, aut litis contestatę, aut rei iudicandæ. Posset enim id ęquè stipulatori captiosum esse atque promissori si ab eo die quo dari res debuisset, æstimatio decreuisset: Cùm tamen postquàm dies venit si solutum non fuit, melior esse debeat conditio stipulatoris quàm promissoris in mora constituti. Ex quo magis apparet verum esse quod dicimus, Iulianum in *d.l. quoties*, cùm ait spectandum esse tempus quo dies obligationis venit, ita scribere ad exclusionem alterius cuiuslibet temporis non quod sequatur, sed quod præcedat diem illam: Cui consequens est vt de conditionali obligatione tractare non potuerit, in quam scilicet non potest vlla cadere dubitatio de alio tempore inspiciendo, quod conditionis euentũ antecedat. Quemadmodũ nec ei qui sub conditione debuit, imputari vnquá potest cur ante conditionẽ existentẽ non soluerit. Cùm etsi soluisset, liberari tamen non potuisset, nulladũ videlicet nata obligatione, quæ per solutionẽ perimi posset *d.l. stipulatio ista* 38. §. *inter certã. de verb. obligat.* Quorũ omnũ ignoratione *Franciscus Hotomanus Illustr. quæst.* 16. Iuliani locum quasi corruptum emendauit in illis vetbis *alioquin rei captio erit*, existimans legendum esse *alioquin alius rei pactio erit.* Prorsus insulsè & improbabiliter, vt *Coniecturarũ lib.* 16. *cap.* 6. *&* 8. pluribus à nobis cõprobatũ est. Ná quę nos in Coniecturis latiùs tractauimus, in hos libros trãscribere nolumus nisi quantũ necesse est vt pragmaticorũ & interpretũ errores detegãtur.

ERROR SEXTVS.

De æstimanda re contra fideiussorem eius qui certa die dare debuit.

CVM quis mercẽ in diẽ stipulatus fideiussorẽ acceperit, placet Africano in *l. cùm quis* 22. *De oblig. & action.* eius tẽporis ineũdam esse æstimationem quo satis acceperit. Quod tamen quá rationem habeat tam obscurũ & difficile est, vt non sit ex pragmaticis aut interpretibus siue antiquioribus, siue recẽtioribus qui existimet verè id dici posse. Non enim probabile est quod difficultatis diluendæ gratia Accursius tentat, aliud iuris in fideiussore, aliud in cæteris personis obtinere, cùm dissimilitudinis ratio reddi non possit: Certè qui aliquam reddiderit, nemo hucusque fuit. Itaque in eam potiùs sententiam ferè omnes descendunt, vt quod Africanus respondit ad eum casum

coāguſtari debeat,quo fideiuſſor acceptus ſit poſteaquàm obligationis principalis dies venit.Sic enim plerumque fit,vt qui ad diem non ſoluit ſi ad ſolutionem vrgeatur,nec pecuniam habeat in numerato,offerat fideiuſſorem quo contentus in præſentiarum creditor non recuſet differre in aliud tempus exactionem. Quod cùm euenit,parum videtur intereſſe,an in æſtimatione ineunda ſpectari velis tempus quo dies obligationis venit,an quo fideiuſſor acceptus eſt,cùm ſtatim poſt diem ſit acceptus. Sed tamen numquam mihi ſententia hæc probari potuit. Nam,cùm mercis ferè cuiuſlibet pretium pro tempore ſit, nec in ſingulos tantùm dies,ſed in ſingula propemodum temporis momenta mutetur,vix fieri meo iudicio vmquam poteſt,vt eadem ſit æſtimatio & eius temporis quo dari merx debuit & quo datus eſt fideiuſſor: niſi proponas eodem die quo dari mercem oportuit, fideiuſſorem pro merce datum eſſe: quo tamen caſu ridiculum fuerit quærere in hoc an illud tempus inſpici oporteat cùm vtrumque tempus vnum & idem ſit. Atqui obligatione principali in diem concepta,iam diximus vſque adeò præcisè inſpiciendam eſſe æſtimationem illam quæ eo ipſo die fuit vt nulla prorſus aut præcedentis aut ſubſequentis temporis ratio habeatur.Multum ergo intereſt an illud tempus inſpiciendum eſſe dicas quo dies obligationis venit,an quo fideiuſſor acceptus eſt. Cùm nec aliter quæſtioni locus eſſe poſſit,quàm ſi huius & illius temporis alia atque alia fuerit æſtimatio. Neque hoc interpretes ipſi negarent,niſi pro vero certóque haberent,ſolutione ad diem non facta ſic inſpici debere tempus quo ſolui merx debuit,vt nihilominùs aucta poſtmodum æſtimatione ſequentis etiam temporis ratio habeatur,quod nos iam negauimus,& etiamnum negamus.Sed & me illud maximè mouet,quod fideiuſſor neque in duriorem,neque in aliam cauſſam accipi poteſt,quàm debitor principalis,*l.græcè 8.§.illud l.hi qui* 34.*l.ſi à reo* 70.*§.ſi reo.& paſſ.* D.*de fideiuſſor.* Videre autē non poſſum quomodo fieri queat vti ne in duriorem,vel aliam cauſſam acceptus videatur,ſi obligari eum dicamus ad æſtimationem quæ tùm fuit,cùm acceptus eſt.Vtique enim conſtat in ineunda mercis debitæ æſtimatione aduerſus eum qui fideiuſſorē dedit,numquā nullóque caſu ſpectari tēpus quo ſatis dederit.Cur ergo in fideiuſſore ſpectabitur?Etſi enim eadē merx eſt de cuius æſtimatione aut à debitore,aut à fideiuſſore præſtanda tractamus,altera tamen atque altera æſtimatio eſt,ſi vel numo vno alterutra maior aut minor proponatur,ſicut dici ſolet in pretio emptionis *l.pacta conuenta* 72. D.*de contr.empt.*Indéque nimirum fit vt cùm merx debetur quæ ſua die ſoluta non eſt,aut eo tempore quo ſolui debuit,protinus ſuccedat obligatio æſtimationis in locum rei debitæ,quoniam mutata ęſtimatione ſi merx præſtaretur, alia res præſtari videretur quàm quæ debita eſſet. Quòd ſi æſtimationis mutatio inducit diuerſitatem rei in merce(quæ quoniam recipit functionem in ſuo genere,magis ex pretio quàm ex corpore ipſo æſtimatur,in quo differt à ſpecie) quanto magis admittendum eſt ęſtimationem quæ alia ſit, aliam rem eſſe? Conſequens igitur eſt vt in æſtimanda re debita contra fideiuſſorem idem tempus ſpectari oporteat,quod ſpectandum eſſet ſi contra debitorem ipſum ageretur:Ac proinde quemadmodum obligato in diem certam debitore non alia quàm eius præcisè diei æſtimatio inſpici & in condemnationem deduci deberet,ita & quod ad fideiuſſorem attinet,idem ius obſeruandum erit,ſiue ante, ſiue poſt eam

diem

diem aut modico aut magno temporis interuallo acceptus proponatur. Nec vt puto quiſquam de eo dubitaret, ni Africanus obſtaret. Quid ergo ad Africanũ reſpondebimus? Id quod nos docuimus *lib.16.Coniect.cap.*10. deeſſe negationem in illis verbis *quo ſatis acceperit*, legẽdúmque *non quo ſatis acceperit*, vt & idem Africanus non diſſimili loquendi formula ſcribit in *l. hominẽ* 37. *D.mandat. eſtimatio eius ad id tempus potuis quo ſolutus ſit, non quo agatur referri debet.* Addita verò negatione ſenſus erit & veriſſimus & apertiſſimus. Cũ quis in diẽ mercem ſtipulatus fideiuſſororem accepit, eius tẽporis ineundam eſſe ęſtimationem, *eius* inquam quo ſolui ex conuentione res debuit, nõ quo creditor ſatis acceperit, nimirum quia fideiuſſoris obligatio tanquam acceſſoria ſemper referenda eſt ad principalem, ex eáque interpretationem accipere debet. Ac ſanè nullo caſu reperias in ęſtimatione ineunda ſpectari tempus interpoſitę ſtipulationis niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt, vt in *l. fundum Cornelianum* 28. *D.de nouat.*

ERROR SEPTIMVS.

De differentia mercis & ſpeciei debitæ cùm de eſtimatione ineunda tractatur.

FERVNT iam olim ex interpretibus qui in hac quęſtione quam nos tractamus De ineunda rei debitę ęſtimatione, diſtinguẽdũ dixerint, an merx, id eſt tale quid quod in genere conſiſtat, an ſpecies certa debeatur. Merce namque debita, in bonę quidem fidei iudicijs ſpectari tempus rei iudicandę, in ſtrictis verò tẽpus litis conteſtatæ ex *l.vlt.D.de cond.tritic. l.vinum* 22. *D.de reb.cred.* iunct. *l.*3. §. *in hac D.commod. l.*3. §. *ſi per venditorem D.de act.empt.* Si verò ſpecies, non merx debeatur tam in bonæ fidei iudicijs, quàm in ſtrictis, inſpiciendum eſſe tempus rei iudicandę ſi tùm res extet, aut mortis, ſi ante ſententiam ſpecies illa perierit ex *l.pen. D.de cond.tritic.* quam cũ ſuperioribus conciliari non aliter poſſe exiſtimarunt. Quam ſententiá ex recentioribus quoque ſecutus eſt *Iacob. Cuiacius* ad Africanũ in *l.mercis* 207. *De verb.ſignif.* licet poſtea ab ea reſilierit *tract.*8. *ad l.hominẽ* 37. D. *mãdat.* Nec longè aliter *Hotoman. illuſt. quæſt.*16. cùm ad legẽ illam penult. quam ſibi obſtare videbat, hoc vnum reſpondet tractari eo loco de homine, niſi quod addit *mortuo*, apertè in eo cæcutiens. Non.n. tractat Vlp. de homine mortuo, cũ ait ſpectandũ eſſe tempus condemnationis, ſed in ea tantùm parte quę eſt de mortis tempore inſpiciendo. Huius verò diſſimilitudinis quam inter ſpeciẽ & mercem conſtituunt, rationem illam adferunt, quòd mercium precia & facilius & ſæpius mutentur, quàm ſpecierum. Quod etſi ita eſt negari tamen non poteſt quin ſpecierum quoque precia pro locorum & temporum diuerſitate varientur *l.precia rerum* 63. D. *ad leg.falcid.* Neque rurſum hoc ad rem pertinet, quia toties mutatam ęſtimationem eſſe ponendum eſt quoties quęritur an hoc aut illud tempus ad rem æſtimandam ſpectari oporteat. Et verò non poteſt hæc diſtinctio aut iuris rationi, aut prudentũ reſponſis vllomodo cõuenire. Nam quæ rationes à nobis allatæ ſunt in ſuperioribus ad probandũ, in iudiciis ſtrictis præciſè ſpectari debere tempus litis conteſtatę, in iis

verò quæ bonæ fidei ſunt, etiam tẽpus rei iudicandæ, adeóq; moræ vtro tẽpore pluris res fuit, eas certum eſt perinde locum habere ſiue merx ſiue ſpecies ex cõtractu quolibet aut bonæ fidei aut ſtricto debeatur. Deinde aperta ſunt in hanc rẽ verba *legis vlt. ff. de cond. tritic.* quæ quod de merce vt puta vino, oleo & frumento dixerat, ſi obligationi dies adiecta non ſit, deberi æſtimationem quæ fuerit tempore litis conteſtatæ, ſubijcit in alijs quoque rebus omnibus perinde obtinere. Ná qui cũ *Iacobo Cuiacio ad d. l. mercis*, eam adiectionem referre volunt ad cæteras res frumento, vino & oleo ſimiles. ſ. quæ mercis appellatione continentur, faciunt, meo iudicio, parum ſubtiliter, cũ etiá tacente Iureconſulto dubitaturus nemo fuerit, quin quod de frumento, vino & oleo dictũ eſſet cæteris quoq; mercibus conueniret. Sed & Africanus noſter in *d. l. hominem*, tractans de ſtipulatione ex qua homo nõ merx debeatur, an nõ apertiſſimè ſcribit rei quæ ex ſtipulatu petitur æſtimationẽ referẽdá eſſe ad tempus litis conteſtatæ? At omnũ apertiſſimè diſtinctionem hanc impugnat Vlpianus in *l. 3. §. in hac D. commod.* vbi ait non ſolũ in cæteris bonæ fidei iudiciis, ſed etiam quod erat conſequens, in actione commodati æſtimari debere quanti res eſt ex tempore ei iudicandæ, quamuis, inquit in ſtrictis tẽpus litis conteſtatæ ſpectetur. Nam ſicut his verbis tam elarè docet differentiam quæ hac parte eſt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, vt nihil dici poſſit manifeſtius, ita fatendum eſt ad illum etiam caſum referendam eſſe differentiam quo ſpecies debeatur. Neque enim merx cadit in commodatũ niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa, vt & cæteræ res omnes quæ in pondere, aut numero aut menſura conſiſtunt, vt ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. vlt. & l. ſeq.* Quo argumento iam olim *Bartolus* poſt *Accurſium* veterem illam diſtinctionem quam nos nunc refellimus, nõ inſubtiliter refutauit. Vnus tatùm iuris locus eſt qui interpretes iſtos fefellit vt ad commentitiam hanc diſtinctionem neceſſariò confugiendum putauerint. Is eſt, vt diximus in *d. l. penult. De cond. tritic.* quam condictionem illi generalem eſſe volunt ad omnes bonę fidei ſtrictique iuris actiones, & in qua tamen rei iudicatæ tempus ſi res extet, ſin ſecus, tempus mortis ſpectandum eſſe Vlpianus eo loco ſcribit. Sed quàm alia diuerſaq; ſit illius legis ſententia, in ſequentibus oſtendemus. Quemadmodum autem plerique interpretes in eo errarunt quòd ſpeciem debitam à merce diſtinxerũt, in hoc aut illo tempore ſpectando ad ineundam æſtimationem, ita videntur mihi quotquot ſunt labi contrario errore in eo quod alia ex parte differentiam quæ inter ſpeciem & mercem pereuidens eſt non agnoſcunt. Nam cùm ſpecies debetur, ſiue ad certam diem ſiue interpellationis aut conteſtationis tẽpore ſolui debuerit, nec ſoluta ſit, quãdiu tamẽ extat nec deterior facta eſt, ea ipſa præſtari debet, non eius æſtimatio, licèt facta ſit vilior & minoris æſtimationis: aliud enim eſt fieri deteriorem, aliud viliorem, vt proximo capite dicemus: nec aliter vnquam recurrimus ad præſtandam pro ſpecie æſtimationem, quàm ſi ſpecies ipſa dari nequeat ſiue quòd extare deſierit, ſiue quòd deterior facta fuerit, ſiue quòd in dominio ſit alterius, quàm promiſſoris. Nimirum quia quòd homo aut fundus hodie pluris minorisve eſt quàm autea fuerit, facere non poteſt vt alius homo aut alius fundus exiſtimari debeat, quàm qui debetur, cùm in indiuiduo conſiſtat, nec recipiat in ſuo genere functionem. Quod enim philoſophi ſpeciem vocant, noſtri genus, quod illi indiuiduum, noſtri ſpeciem appellant. Denique ſpecies quas dicimus non æſtimantur ex pretio, ſed earum pretia ex corporum qualitate ex conditione,

licèt

licèt pro temporum quoque & locorum varietate conſtituuntur, At cùm merx debetur ſtatim atque deſiit poſſe ſolui ex poteſtate & iure obligationis, eiúſque æſtimatio immutata eſt, ſuccedit loco mercis æſtimatio omnimodo præſtanda, ſiue creuerit æſtimatio, ſiue decreuerit, quia cùm merces omnes in genere conſiſtant, & merx quælibet in ſuo illo genere functionem recipiat, cõſequens eſt vt ſi pro tritico quod fuit decem aureorum quo tempore ſolui debuit, alio tempore quo quinque aut quindecim aureorum eſt, itidem triticum ſolui poſſet, aliud ſanè quàm quod debitũ eſſet ſolui videretur. Itaque ex mutatione æſtimationis ipſius quoque mercis debitæ mutatio inducitur, quæ facit vt neceſſariò pro merce æſtimatione deberi præſtarique oporteat, ne alioqui iniuria fiat vt promiſſori ſi æſtimatio creuerit, aut creditori ſi decreuerit. Qua de cauſſa videas iureconſultos quoties de merce debita tractant quæ ſoluta non ſit eo tẽpore quo ſolui debuit, tractare etiã de æſtimatione: vt intelligamus eũ qui mercem dare obligatus fuit, nec dedit, cùm oportuit, numquam condemnari debere ad eam mercem dandam, ſed ſemper ad præſtandam æſtimationem: quod tamen ſimiliter in ſpecie debita non niſi fatuè & ridiculè facere iudex poſſit, *l. vlt. C. de fideic. libert.* ſed ita demum ſi ſpecies ipſa præſtari non poſſit aut per rerum naturã, vt puta cũ perempta eſt *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur. &* §. *vlt.* D *e verb. oblgat.* aut per contumaciam poſſeſſoris alienam rem inuito domino retinere volentis *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. D. *ſolut. matrim. l. non enim* 9. D. *rer. amot. l. tutor.* 8. D. *de in lit. iurand.* Huius verò differentiæ effectus magnus in eo eſt, quòd ſi merx debita fuit ſiue purè ſiue in diem, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem licèt aliter atque aliter ineundam pro conuentionum & negotiorum diuerſitate: quia ita fit vt indemnis ſeruetur creditor ſi pluris merx fuit cùm dari debuit, quàm eo tempore fit quo ſoluitur. Si verò ſpecies debita nec ſua die ſoluta fuerit, quæ tamen etiamnum extet quidem ſed ita vt vilioris pretij ſit, quàm tùm fuit cùm ſolui debuit, ſicuti non poteſt recuſare creditor quominùs eam ipſam ſpeciem accipiat quę adhuc ſcilicet debetur, ita in damno conſtituitur, cùm minoris res eſt ſolutionis tempore quàm fuerit eo die quo dari eam ex conuentione oportuit. Quandoquidem ſi eam ſua die debitor ſoluiſſet, tanti eam tum vendere creditor potuiſſet. Atqui conſtat eum qui in diem certam dare aliquid debuit ſi non dederit tanti condẽnandum eſſe quanti creditoris interfuit ea die ſolutum eſſe *d. l. ſi Calendis* 11. D. *de re iudicat. l. numis* 3. D *e in lit. iur.* Conſequens igitur eſt vt quantò minor reperitur præſens æſtimatio, tantò amplior fieri debeat condemnatio vt creditori indemnitas præſtetur: Non quidem iure æſtimationis (neque enim de æſtimatione, vt iam diximus, quęri poteſt cùm res ipſa ſoluitur, quę in obligatione eſt) ſed iure eius quod intereſt propter diei adiectionem. Ideo autẽ ponimus ſpeciem dari intra certam diem debuiſſe pluriſq; ea die fuiſſe, quoniam ſi aut pura obligatio fuit aut æſtimatio poſt diem creuit, aliud ſanè probandum eſt: Quia priore caſu, id eſt cùm pura fuit obligatio, non tantæ poteſtatis eſt mora quæ per interpellationem contrahitur quãtæ adiectio diei ad condemnationem eius quod intereſt inducendam, maximè ſi ex ſtipulatione alióve cõtractu ſtricto agatur. Poſteriore verò caſu, id eſt aucta ſpeciei æſtimatione ſatis hoc ipſo præſtatur præſens æſtimatio quòd ſpecies ipſa præſtatur quę ſuá in ſeipſa æſtimationẽ cõtinet, ideóq; nec alia vlla condẽnatione opus eſt, quod in merce debita nõ ſimiliter cõtingeret. Nã ſi merx eo tẽpore præſtaretur quo pluris eſſet, cùm ad certã diẽ ſolui anteà debuiſſet, aliud pro

alio ſolui quodammodo videretur. Planè nulla die adiecta ſi ex bonæ fidei contractu agatur, bona fides euincit vt neque moræ, neque litis conteſtatæ, neque condemnationis tempus præcisè ſpectari oporteat, ſed vtro tempore res pluris fuit, quia nec tempus præcisè vllum eſt in quod contrahentes collatam voluerint ſolutionem *d.l.3.§. ſi per venditorem.& l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem. D. de action.empt.* bonæ fidie ſiquidem ratio largiorem interpretationem admittit, cui locus nullus relinquitur cùm certa dies adiecta eſt.

ERROR OCTAVVS.

Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit.

IN quæſtione iſta de ineunda rei debitę ęſtimatione prȩcipuus ferè omnium interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd non diſtinguunt viliórne an deterior facta ſit res quæ debetur, ſed quaſi nihil interſit ad eum caſum quo res vilior effecta fuerit, accommodant leges omnes quæ loquuntur de re facta deteriore. In quo tamen quàm abſurdè fallantur, ex eo apparet quod fieri facilè poteſt vt res debita vilior ſit, nec tamen deterior, & cõtrà, vt deterior facta ſit, nec eo minùs tamem precioſior. Finge deberi ſeruum Pamphilum qui ex die obligationis aut interpellationis claudus eſſe cœperit, aut eluſcatus. Nemo dubitat quin ſit deterior qui deſiit eſſe integro corpore. Et tamé quid impedit quominus ſit precioſior, id eſt maioris precij quèm cum dari debuit, preciis ſeruorum fortaſſis pro tempore vſque adeò auctis vt qui moræ tempore quamuis integer non niſi centum aureis dignus fuit, nunc etiam claudus & eluſcatus dignus ſit ducentis? E contrariò finge factum meliorem, vt puta pantomimum, aut ex citarœdo comœdum, ſed tamen eo tempore quo precia ſeruorum tam ſint imminuta vt ſi publica auctione diſtrahendus ſit, non niſi centum aureis vendi poſſit qui antequàm pantomimus aut comœdus fieret, vendi potuit ducentis. Dicam factum eum eſſe & meliorem ſimul & viliorem, non etiam deteriorem. Aliud igitur planéque diuerſum eſt deteriorem fieri, aliud viliorem. Deterioratio enim ad ipſius rei corpus & ſubſtantiam pertinet, vilitas verò ad æſtimationem, quæ in ſingulos dies pro locorum & temporum varietate alia atque alia eſſe poteſt, eadem licèt manente intrinſeca rei bonitate & qualitate. Idque ita eſſe conſtat etiam euidentiùs ex eo, quòd ſi de merce agatur non de ſpecie, fatentur omnes mercem poſſe fieri viliorem: quam tamen fatendum eſt non magis deteriorem effici quàm perire poſſe. Quod enim perire nullomodo poteſt, neque deterius fieri poteſt, quandoquidem nec aliud eſt fieri quid deterius, quàm ex parte perire. Merx autem ideò nec in totum nec ex parte perire poteſt, quia in genere & quantitate conſiſtit. Specierum propria conditio illa eſt vt & perire & deteriores fieri poſſint, quia in indiuiduo conſiſtunt, quod non poteſt non perire. Proinde quod quibuſdam iuris locis ſcriptum eſt ſpecie debita poſt moram deteriore facta reducendam eſſe æſtimationem ad tẽpus moræ, vt in *l.pennl.ff.de condict.tritic. l.fundum Cornelianum* 28.*ff.de nouat.* non ſic accipiẽdum eſt quomodo ab interpretibus, & pragmaticis omnibus

accipi

accipi video, vt ſi poſt moram æſtimatio decreuerit, tanti ęſtimari res debeat quanti fuit tempore moræ etiam in iudiciis ſtrictis; cuiuſmodi eſt condictio triticaria. Nihil enim falſius eſt ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue tot iuris locos, tota hac Decade toties inculcatos, quibus probatur in contractibus ſtrictis æſtimari rem præcisè ex tempore litis conteſtatę, nec præcedētis aut ſubſequentis temporis rationem vllam haberi oportere *l. vnum* 22. D. *de reb. credit. l. vlt.* *De condict. tritic. l.* 3. §. *in hac.* D. *commod. l. hominem* 37. D. *mandat.* Quia nullius effectus mora eſt in iudiciis ſtrictis niſi ad perpetrandam obligationem *l. ſi ex legati* 23. *De verb. obligat.* non etiam ad retinendam æſtimationem quæ moræ tempore maior fuit, cùm non idcircò cœperit æſtimatio eſſe in obligatione, ſed res ipſa quandiu præſtari poteſt, quamuis longè vilior facta proponatur, dum ne deterior, nam cùm deterior facta eſt, atque ita ex parte, vt diximus, periit, eodem iure cenſetur, quo ſi in totum periiſſet, quod ad hoc vt totius rei æſtimationem quæ ante deteriorationem fuit præſtari oporteat. Sicut enim nullomodo reddi videtur res quę deterior redditur *l.* 3. §. 1. D. *commod.* ita nec cogendus eſt creditor rei debitæ partem in re ipſa, partem in æſtimatione accipere, licèt non eo minùs maneat res ipſa in obligatione quemadmodum maneret tametſi in totum perempta eſſet. Ponimus namque moram præceſſiſſe. Itaque condemnabimus debitorem non ad eam æſtimationem quæ nunc eſt tempore litis conteſtatę, ſed ad eam quæ fuit moræ tempore, id eſt priuſquàm res deterior facta eſſet. Quid ergo ſi facta quidem ſit deterior, ſed tamen, quod fieri poſſe diximus, precioſior propter auctam pro tempore omnium rerum & ſpecierum quæ eiuſdem generis ſunt æſtimationem? An ea æſtimatio debebitur quæ more tempore fuit, id eſt ante deteriorationem quidem, ſed tamen vilior quàm nũc ſit, An ea potiùs quæ nunc maior eſt quamuis re facta deteriore? An illa denique quæ haud dubiè nunc multò maior eſſet ſi res in priſtina ſua bonitate redderetur? Quod ergo certè probabilius dici puto, quoties namq; res debita poſt moram perempta aut deterior facta eſt, eadem debitoris ratio in omnibus conſtitui debet quæ eſſet ſi res neque perempta, neque deterior redddita proponeretur. Alioqui quod in odium moroſi debitoris iure conſtitutum eſt vt rei poſt moram deterioratæ æſtimatio ad tempus moræ reuocetur *dict. l. pen. de condict. tritic.* in ipſius fauorem retorqueretur, nemo autem dubitare poteſt quin ſpecies quæ etiam deterior poſt moram facta pluris hodie eſt quàm moræ tempore fuerit, longè precioſior futura eſſet ſi deterior effecta non fuiſſet. Quod tamen ob eam fortaſſis cauſſam Vlpianus in *d. l. penult.* prætermiſit, quia leges accõmodari & ſolent & debent ad eos caſus qui frequentiùs accidunt, ille verò rariùs euenit, vt poſt deteriorationem res pluris ſit quàm antè fuerit. Cæterùm ad debitas ſpecies duntaxat hic tractatus pertinet. Nam cùm merx debetur, quę, vt iam dictum eſt, non magis deterior fieri quàm perire poteſt, nunquam ad tempus moræ reducitur æſtimatio ſi triticaria cõdictione quæ ſtricta eſt, agatur, quamuis æſtimatio mercis decreuerit. Et hæc perelegans quoque mercis & ſpeciei differentia ei addenda eſt quam nos tradidimus capite ſuperiore. Quam ſi interpretes & pragmatici bene obſeruaſſent, numquam dixiſſent, viliore poſt moram facta ſiue merce ſiue ſpecie debita etiam ex contractu ſtricto ad tempus morę referendam æſtimationem ex *dict. l. penult.* qua vna in hanc rem abutuntur.

ERROR NONVS.

De *condictione triticaria.*

CONDICTIONEM triticariam generalem esse & competere ex omni causa, & ad res omnes præterquàm si pecunia numerata petatur, scribit Vlpianus in *l.* 1. D. *de condict. tritic.* Sed alio sanè sensu quàm vulgò ab interpretibus & pragmaticis accipiatur. Sic enim illi intelligunt vt ex omni contractu siue bonæfidei siue stricti iuris sit competat hæc condictio, ac proinde vt condictio triticaria non minùs sit bonæ fidei, qua parte datur ex bonæ fidei contractu quàm stricti iuris, qua ex parte datur ex stipulatione alióve contractu stricto. In quo falluntur euidenter. Numquam enim scriptum apud Iureconsultos reperias condictione triticaria eum agere qui agit depositi vel mandati, vel empti aut venditi, vel commodati, vel alio denique genere actionis quæ sit bonę fidei: nec proinde potest defendi vllo casu condictionem triticariam bonę fidei actionem esse. Omnes enim condictiones siue generalem appellationem & naturam habeant, cuiusmodi sunt condictiones certi & triticaria, quarum illa non nisi ad pecuniam numeratam, hæc ad cæteras res omnes competit, siue specialem vt condictio furtiua, indebiti, sine caussa ob turpem vel iniustam caussam, & alię si quæ sunt similes, sunt stricti iuris, nec vllam ex bonę fidei interpretatione præstationem admittunt. Non sum nescius actiones omnes in personam siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, siue arbitrarię, condictiones appellari, propterea quòd veteres condictionem pro denuntiatione dicebant quam in omnibus actionibus personalibus præcedere oportebat, vt Iustinianus refert in §. *appellamus. Institut. de action.* Sed condictionem triticariam cùm dicimus non tam ad veteris illius denuntiationis vsum respicimus, quàm certum & nominatum actionis personalis genus significamus, vt ex eo apparet quòd rem suam ex hac caussa petere nemo potest nisi ex certis causis, veluti ex caussa furtiua vel de re mobili vi arrepta, vt Vlpianus ait in *dict. lege* 1. §. *vltim. De condict. tritic.* Id enim est quod dici solet neminem rem suam condicere præterquàm à fure aut raptore qui fur improbior esse dicitur *lege, item si* 14. §. *qui vim intulit.* D. *de eo quod met. causs.* duorum scilicet odio receptum est vt condici eis possit quò pluribus actionibus teneantur *l. vltim.* D. *vsufruct. quemadmod. caueat. l.* 1. *D. condict. furt.* Et tamen nemo nescit posse dominum agere depositi commodati, & aliis huiusmodi actionibus bonæ fidei & in personam, vt rem suam reposcat, licet non tanquam suam sed tanquam sibi debitam. Neque enim rei suę dominium amisit qui eam aut deposuit, aut commodauit, aut locauit, aut pignori dedit. Aliud igitur est condicere triticaria, aliud verò agere depositi vel commodati, vel pignoratitia actione. In eámque rem textus est perelegans in *l. si quis inficiatus.* 3. §. 1. *D. de depos.* vbi Paulus scribit, Competere quidem condictionem etiam rei depositę nomine, sed non antequàm dolo malo aliquid admissum sit, non enim quemquam hoc ipso quòd depositum accepit condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiserit. Quod cùm ita sit parum erudite fecerũt quidam ex veteribus interpretibus, existimantes Vlpiani sententiam quæ extat in

tat in *l.penult. De condict.tritic.* de inſpiciendo tempore condemnationis inæſtimanda re debita quæ per condictionẽ triticariam petatur ad eas duntaxat actiones referendam & coarctandam eſſe quæ bonæ fidei ſint, non etiam ad cæteras pertrahendam quæ ſunt ſtricti iuris. Cui commento cauſſam ſanè illud dedit quòd non aliter fieri poſſe crediderunt, vt is locus cum cæteris conſentiat, quibus ſcriptum eſt in iudiciis ſtrictis ſi de æſtimanda re quæratur litis conteſtatæ nõ rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe, *l.vinum* 22. D. *de reb.credit. l. vlt. D. de condic.tritic. l.3.§.in hac. D.commod. l. hominem* 37. *D. mandat.* Eſt enim proprium ius iudiciorum bonæ fidei, vt in iis ſpectetur etiam tempus rei iudicandæ *d.§. in hac. l.3.§.ſi per venditorem. l. ſi ſterilis* 21.§. *cùm per venditorem.* D. *de action.empt.* Et certè fatendum eſt locum eſſe perdifficilem ſi quiſquam alius eſt in toto iure. Nec facilè dici poſſe quam ſententiam aut rationem habeat quod in *dicta l.penult.* Vlpianus ait in condictione triticaria ſpectãdum eſſe tempus condemnationis, niſi eam interpretationem probes quam nos ſequenti capite, nec improbabilẽ, vt nobis quidem videtur, adferemus. Tantum enim abeſt vt ea lex ad bonæ fidei actiones ſolas coanguſtanda ſit, vt nec de iis intelligi vllomodo poſſit, ſed tantùm de actionibus ſtrictis quę omnes triticariæ condictionis appellatione continentur, ſi eas excipias quibus actor aut rem ſuam aut pecuniam numeratam perſequatur.

ERROR DECIMVS.

De rei debitæ æſtimatione aucta poſt condemnationem.

DOCVIMVS hucuſque quid iuris obtineat ſi rei debitæ æſtimatio creuerit, vel decreuerit ante condemnationem, ſiue merx ſiue ſpecies debeatur, & per actionem vel bonæ fidei vel ſtricti iuris petatur. Dicendum nunc eſt quid ſi ea æſtimationis muratio facta ſit poſt condemnationem. Nam & id plerumque accidit vt poſt rem iudicatam pluris minorìſve res ſit, quàm fuerit tempore latæ ſententiæ, propter moras quas iudicati executio trahere ſecum ſolet. Illud verò ptimùm obſeruandum eſt, nos cùm de aucta poſt ſententiam æſtimatione loquimur, eum caſum tractare, quo res ipſa debita non eius æſtimatio deducta ſit in condemnationem. Conſtat enim æſtimationem quæ cœpit ſemel eſſe debit, anunquam ex poſtfacto creſcere aut decreſcere poſſe: quia neque incrementi capax eſt aut diminutionis. Non enim ſicut res debita, ita & rei æſtimatio aliam atque aliã recipere poteſt æſtimationẽ. Vnde fit vt in iudiciis ſtrictis ſpectemus eã æſtimationẽ quę eſt tempore litis cõteſtatæ præciſè, quia ſicut ante id tẽpus nõ æſtimatio, ſed res debetur, & in conteſtationẽ deducitur, ita poſt litẽ conteſtatã ſi res debita præſtari poſſe deſinat, vel quia perẽpta eſt ſi ſpeciẽ fuiſſe proponas, vel quia vilior nũc merx eſt q̃ tùm fuerit, aut etiã pretioſior, cœpit ab eo tẽpore æſtimatio ſuccedere in locũ rei debitæ, quia quale quãtiq. quid eſt cùm petitur id niſi tale cetur tã æſtimari debet *l.2.* D. *de vſur.* quandoquidẽ nec poſt id tẽpus ſolui amplius

res potest quin aduersus conuentionem factum videri debeat, nouáque obligatio per contestationem contracta videtur, quam simul cum vetere & priſtina obligatione dissolui necesse est, vt prior quæ posteriori causam dedit, perimatur: quum in iudicio quasi contrahatur *l.3.§. idem scribit. D. de pecul. l. aliam 29. D. de nouat.* Sic igitur concepta sententia & condemnatione, vt ad rem ipsam debitam sit debitor condemnatus, si posteà contingat, vt res prestari nequeat, ideóque necesse sit recurri ad præstationem æstimationis, quæ aucta sit vel imminuta, quæstio est cuius temporis rationem in æstimanda re haberi oporteat. Nostri distingunt an intra quadrimestre quod iudicatis ex Iustiniani constitutione indultum est, immutatio illa æstimationis superuenerit, an posteà. Si intra tempus constitutum, non dubitant quin debitoris damno ea res cedere non debeat, quia totius illius temporis mora est impunita, cùm non tam ex culpa quàm ex legis beneficio proficiscatur *l.3. D. de vsur.* Sin post id tempus, volunt omnes augeri æstimationis præstandæ obligationem, non lege aliqua quam proferre in hanc rem possint, sed illa tantùm ratione, ne, inquiunt, melior sit conditio morosi debitoris post condemnationem, quàm si non esset condemnatus ex *l. euidenter 16. D. de except. rei iudic.* Sic enim *Bartolus*, & post eum cæteri ad *dict. l.3.§. in hac. D. commodat.* Quod aiunt non esse augendam condemnationem ob auctam ex iudicati tempore æstimationem, ego admitto libentissimè. Non propter rescriptum illud Antonino quo mouentur (neque enim pertinet ad rei debitæ æstimationem, sed tantùm ad accessiones naturales, id est ad fructus, neque rursus eo casu locum habet quo mora præcesserit condemnationem, vt ex vera rectáque iuris ratione magis quàm ex Antonini imperatoris mente Papinianus eleganter disputat in *d. l.3. de vsur.*) Sed quia nec post elapsum quadrimestre patior crescere condemnationem, tametsi ex eo tempore noua mora contracta sit ob id quod non est satisfactum iudicato. Nam si post nouam illam moram cum condemnatione iunctam non crescit obligatio prestandæ æstimationis, quantò minùs crescet ante moram? Vt verò nec post moram crescere patiar, ex eo moueor quòd per sententiã quę irrogat condemnationem sit nouatio, & id quod anteà debebatur ex contractu siue bonæ fidei siue stricto incipit deberi ex iudicato *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundum 16.§. creditor. & §. si pluris. D. de pignor.* Vnde fit vt eæ quoque vsuræ deberi desinant quę ex contractu aut ex natura iudicij bonę fidei debeantur, nec alię possint exigi, quàm quæ ex iudicato certæ & per legẽ constitutæ sunt *l. in bonæ fidei 13. C. de vsur.* Denique postquàm iudicatum est nihil quærendum supereſt, nisi quod iudicatum sit. Nam siue plus siue minus deductum fuerit in condemnationem quàm illud fuit quod debebatur, illud ipsum præstandũ est quod ex iudicato debetur, nec plus nec minùs. Id enim facit autoritas rerũ iudicatarum *d. §. si pluris.* Atqui si estimatione crescẽte post cõdemnationẽ plus prestare cogeretur debitor condẽnatus quàm quanti sententię tẽpore res fuisset, plus vtique præstaret quàm quantũ deductũ esset in condemnationẽ. Nõ enim fieri potest vt re ipsa deducta in cõdemnationẽ, videatur iustus & cõdemnatus debitor, vt si aliqua de causa rem præstare nequeat, aliá præstet estimationẽ quá quæ fuit tẽpore rei iudicatę. Ponimus siquidẽ ideò recurri ad præstationẽ estimationis, quòd re ipsa prestari nequeat, non per contumaciá debitoris, quo casu aliud sanè esset, sed per ipsam rei debitę conditionẽ & qualitatẽ, fortè quòd Stichus, qui dari debuit

alienus

Digitized by Google

alienus reperiatur, aut iam euictus, qui proinde præstari ita non possit vt detur, eiúsque dominium transferatur. Nam cùm hoc casu non aliter iudicato satisfacere possit debitor qui Stichum dare, id est dominium eius transferre debuit, quid aliud faciendum superest nisi vt æstimatio præstetur? Quænam porrò æstimatio nisi quæ condemnationis tempore fuit? Quare nec distinguemus an ex bonæ fidei iudicio, an ex stricto secuta condemnatio sit: quia vtroque casu verum est nihil amplius deberi nisi ex iudicato cuius eadem semper auctoritas est. Eáque mihi videtur sententia esse Vlpiani in *lege penultim. D. de condict. tritic.* cùm ait in condictione triticaria quam stricti iuris semper esse iam diximus, spectandum esse tempus condemnationis, irrogatæ scilicet non irrogandæ, ne alioqui pugnet is locus cum *l. vltim. eod. tit.* cæteque aliis legibus in quibus scriptum est ab eodem etiam Vlpiano in iudiciis strictis si de incunda rei debitæ æstimatione quæratur spectari debere tempus litis contestatæ, condemnationis verò nunquam, *dict. l. 3. §. in hac. D. commod. l. vinum 22. D. de reb. credit. l. hominem 37. D. mandat.* Nec est contrarium quod in eadem lege Vlpianus subiicit si homo qui per condictionem triticariam petitus fuit decesserit, mortis tempus spectari oportere. Nam & id quoque sic ego intelligo, si decesserit post condemnationem. Alioquì nullo sanè casu fieri potest vt mortis tempus inspiciatur. Accessit mora aliquam præcessisse fingimus, aut nullam. Si nullam, certum est speciei interitu liberationem omnimodo contingere, nec proinde fieri posse vt condemnatio vlla sequatur *lege si ex legat. 23. de verb. oblig.* Sin mora aliqua præcessit, constat non solùm superesse obligationem etiam re peremptæ *l. si seruum 91. §. sequitur. &. §. vlt. eod. l. promissor Stichi 21. l. promissor hominis 23. D. de pecun. constit.* sed etiam, quod magis est rei illius tametsi iam peremptæ æstimationem crescere in tempus vsque non equidem rei iudicandæ, sed litis contestatæ si post moram & ante litem contestatam decesserit, ob idque nimirum deferri necessariò iusiurandum actori oportere, quoniam sine delatione iusiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non extat. *l. in actionibus 5. §. vltim. de in lit. iurand.* Quod vtique falsò diceretur si mortis tempus ἐν πλάτει, vt Vlpianus loquitur spectandum esset. Quid enim facilius quàm eas quoque res quæ extare desierunt æstimare inspecto eo tempore quo aliquando extiterunt? Vt contingit in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, de quibus sequenti Decade dicemus. Vt verò etiam peremptæ rei possit crescere æstimatio, ex eo fit quod quamuis verè & naturaliter peremptæ sit, tamen potestate iuris habetur pro adhuc extante adeò vt peti possit licèt non amplius præstari *dict. l. si seruum §. vltim. de verbor. obligat.* Indeque illud etiam euenit vt certis casibus etiam fructuum qui ex ea re percipi potuerunt in tempus vsque rei iudicatæ condemnatio fieri debeat *l. Iulianus 17. D. de rei vindicat.* Ergo quod Vlpianus vult in *dict. l. penult. De condict. tritic.* spectari debere quanti res fuit tempore mortis aliam interpretationem recipere non potest quàm vt ita demum id verum sit si post sententiam res perierit. Neque tamen indistinctè & generaliter verum arbitror re post sententiam peremptæ spectandum esse tempus mortis, sed vnò tantùm illo casu quo nulla alia ratio sit propter quam eximi debeat reus ab ipsa re præstanda, quàm quia res extare desiit. Finge mortuum esse Stichum, qui etiamsi viueret dari tamen non posset, fortè quòd alienus, aut

iam euictus esset. Cur dicamus eam deberi Stichi æstimationem, quæ quo tempore is mortuus est minor fuit quàm tempore condemnationis, cùm si hodie viueret, non alia quàm quæ condemnationis tempore fuisset, deberetur? Vtique enim nemo dixerit fieri quem pluris ob hoc solùm quòd sit mortuus. Sed quemadmodum qui ad hominem dandum condemnatus est quandiu homo extat, & dari potest, non liberatur dando æstimationem, quæ iudicati tempore fuit, præsertim si homo ille pluris nunc sit, quia non æstimationem debet, sed hominem, quem si nunc daret, præsentem quoque ipsius æstimationem dare videretur, ita & homine illo, qui dari debuit præempto post rem iudicatam, si pluris fuit mortis tempore quàm condemnationis, nihil causse est cur ad tempus sententiæ referenda sit æstimatio, cùm si iudicato satisfactum fuisset victor ex Stichi venditione pretium quod maius superuenisset, redigere potuisset. Quòd si quis miretur casus istos ab Vlpiano non ita aperte distinctos fuisse, cogitare debebit ex eo factum hoc fuisse, quòd vel sola ipsa casuum diuersitas satis superque hanc distinctionem inducit. Nam cum res extat, non est quærendum de æstimatione, nisi aliquid sit quod impediat ne præstari res possit, vt cùm aliena reperitur, vel iam euicta: ideóque cùm de rei extantis æstimatione præstanda tractamus, hoc ipso significamus eum à nobis casum tractari quo res debita præstari nequeat. Cùm verò extare desiit, necessariò recurrimus ad æstimationem, siue talis res fuit, quæ si hodie extaret dari posset, siue talis quæ dari non posset tametsi extans proponeretur. Cæterùm non inde fit consequens, vt eadem vtroque casu ratio haberi debeat ineundæ æstimationis rei quæ non extat. Aperta enim dissimilitudinis caussa illa est quam nos nunc tradidimus. Et sanè si post condemnationem crescere posset æstimatio, nullus vnquam litium finis esset. Noua enim condemnatione opus esset, & consequenter aut potiùs antecedenter noua contestatione, atque ita res abiret in infinitum. Quod ne accidat in eo perstandum necessariò est vt iudicati executio fiat, ac proinde vt ad condemnationis tempus æstimatio referatur: Alioqui non tam præcedentis condemnationis executio, quàm noua condemnatio fieri videretur. Hoc ipsum tamen sic intelligi debet si non ante condemnationem post moram res deterior facta sit. Tunc enim ad moræ tempus reuocanda est æstimatio, vt Vlpian. scribit in *d. l. pen.* De cuius sententia & ratione, itemque de cæteris quæ hoc capite disputauimus, qui plura scire volet, legat quæ nos fusissimè in hanc rem scripsimus *lib. Coniect. 16. capite 4. & 5.*

ANT-

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS DECIMASEPTIMA.

ERROR I.

De æstimatione Quanti plurimi.

TRACTATVS hic pertinet ad ea quę aduersus errores interpretum & pragmaticorũ à nobis disputata sunt Decade superiore. Iam enim sæpius diximus interpretum & pragmaticorum errorem celebetrimum hunc esse, vt putent siue ex bonæ fidei iudicio, siue ex stricto quid petatur, & mora facta sit siue per lapsum diei, siue per interpellationẽ aut iudicium aut extra iudicium [illegible] esse debitorẽ quãti plurimi vnquã res fuit ex die morę in diem vsque non modò condemnationis, sed etiam solutionis, detracto tantùm eo tempore quod iudicatis ad soluendum datur. Quæ receptissima *Bartoli* traditio est ad §. *in hac l.* 3. *D. commod.* Cui causam illud dedit quod Iureconsulti, quibus locis tractant de ineunda rei debitæ æstimatione nunc hoc nunc illud tempus spectari volunt, aliquando diem quo dati res debuit, obligatione scilicet in diem certum concepta, vt in *l. quoties* 59. D. *de verb. obligat.* aliquando tempus litis contestatæ *l. vinum* 22. D. *de reb. credit. l. vlt.* D. *de condict. triticar. l. hominem* 37. *D. mandat.* aliquando condemnationis vt in *l. pen. de condict. tritic.* aliquando denique vtro tempore plus res fuit aut quo mora contracta est, aut quo lis in condemnationem deducitur, vt in *l.* 3. §. *si per venditorem* & in *l. sterilis* 21. §. *cùm per venditorem. D. de act. empt.* Egregij sanè interpretes & subtiles nec iniqui, si diis placet legum conciliatores, qui quod à prudentibus tam prudenter constanterque proditum est, de hoc aut illo duntaxat tempore spectando pro negotiorum & iudiciorum varietate, sic intelligunt vt indistinctè & omni casu cuiuslibet temporis rationem haberi oporteat. Esset tamen fortasse quod eorum imprudentiæ parceretur si sublata iudiciorum bonę fidei & stricti iuris differentia hoc tantùm dicerent: inspici debere vtro tempore plus res fuit aut moræ, siue per lapsum diei, siue per interpellationem contractæ aut litis contestatæ, aut rei iudicandę: posset enim id sufficere ad supra dictos omnes iuris locos conciliandos si nihil aliud agunt illi nisi vt conci-

sient. Sed illud ferre nullomodo possum, quod tam pertinaciter omnes defendunt condemnandum esse debitorem morosum quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ. Id enim faciunt non solùm sine lege & ratione, sed etiam contra eas ipsas leges quibus mouentur. Nam hoc ipso quod aiunt aut hoc aut illud tempus spectandum esse, aut vtro tempore pluris res fuit vel moræ vel condemnationis, an non negant apertissimè æstimandam esse rem quanti plurimi medio tempore vnquam fuit? Cur enim extremorum tempora spectari dicerent, si totum intermedium tempus excludi nollent? Denique me illud maximè mouet quòd cùm in pragmaticorum & vulgarium interpretum ore nihil sit frequentius quàm vt de quanti plurimi æstimatione præstanda loquantur, iureconsulti contrà nusquam de huiusmodi æstimatione tractant, nisi cùm vel de condictione furtiua disputant, vel de legis Aquiliæ actione. Quarum actionum speciale certè & singulare ius est, Actionis quidem Aquilianę propter verba legis quæ sic concepta sunt vt quanti plurimi homo fuit eo anno quo occisus est, facta retrorsum anni computatione, actori præstari oporteat, *l. aut lex* 21. *D. ad leg. Aquiliam.* Condictionis verò furtiuę, quia fur ex quo die furtum admisit, moram semper facere adeóque furti continuatione furtum quoque perpetuò admittere intelligitur, *l. in re furtiua* 8. §. 1. D. *de condict. furtiu.* Quamquam hoc quoque quod dicimus tenere furem condictione furtiua vt præstet actori quanti vnquam plurimi res fuit, non vsque adeò generaliter accipi debet, vt quanti plurimi res fuit, à die furti commissi præstandum sit, sed tantùm quanti plurimi fuit à die litis contestatæ in diem vsque condemnationis: neque enim egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus, vt Vlpianus ait in *l.* 2. §. *quæsitum De priuat. delict.* id est quo lis verè contestata est, vt nos aduersus *Accursium* & *Cuiacium* in sequentibus dicemus. Et sanè abhorret omnino à iuris ratione, vt ea quanti plurimi æstimatio vnquam ferè nisi magna planéque necessaria de caussa præstetur. Ex quo enim certa æstimatio deberi cœpit, non potest quantumcunque dolosa debitoris mora & contumacia facere, vt ea æstimatio augeatur, quia nec incrementi capax est cùm in pecunia certáque quantitate consistat, *l.* 3. *D. de in lit. iurand.* Atqui iuris ratio facit vt quanti res fuit tempore litis contestatæ, præstari debeat, quia nouissimum illud tempus est quo solui ex conuentione res potuit *l.* 2. *D. de vsuris.* iuncta *l. si Calenas* 11. *D. de re iudicat.* Nec quod in iudicijs bonæ fidei spectamus vtro tempore pluris res fuit aut moræ aut condemnationis, ad rem facit. Nam vt suo loco docuimus, non tam ex mera iuris ratione id constitutum est quàm ex bona fide, & eo colore, quòd si mora contracta non fuisset, haberet hodie rem creditor, ea verò contracta saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur in *dicto* §. *cùm per venditorem.* In qua tamen ratiocinatione ponderandum est quod lex ait *hodie haberet*, item quod sequitur *saltem hodie dandum est*, vt intelligamus non eam æstimationem deberi, quæ medio tempore maior fuit, sed eam demum quę nunc est: nunc, inquam, id est cùm lis aut in contestationem, aut in condemnationem deducitur. Nam post condemnationem non potest augeri æstimatio siue ipsa in condemnationem deducta sit, vt fieri necesse est cùm iudici sententiam ferenti apparet rem ampliùs præstari non posse, licèt remaneat in obligatione, vt in *l. si seruum* 91. §. *vlt. De verbor. obligat.* siue res

ipsa

ipſa ex iudicato debeatur,ſed quæ tamen præſtari nequeat,quia iam iudicati tempore aut aliena fuerit aut euicta,vt diximus capite pręcedenti. Ex quo & alijs quæ tota Decade diſputauimus peti poterunt cætera quę pertinent ad hanc diſputationem.

ERROR SECVNDVS.

De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua.

DE æſtimatione quanti plurimi, tractant, vt proximè diximus, lureconſulti cùm diſputant de condictione furtiua *l.in re furtiua* 8.§.1.*D.de eõdict.furt.*vbi Vlpianus ſcribit ſi ex cauſſa furtiua res condicatur,& quæratur, cuius temporis æſtimatio fieri debeat,id tempus ſpectandum eſſe quo res vnquam plurimi fuit.Sed quo ſenſu ita Vlpianus ſcripſerit, etſi interpretes omnes & veteres & recentiores conſentiunt cum pragmaticis, mihi tamen cum ipſis nullomodo conuenit. Interpretum enim & pragmaticorum ſententia eſt , Teneri furem condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit à die admiſſi furti in diem vſque reſtitutionis factæ aut aliter præſtitæ ſatisfactionis. Ego verò fateor quidem creſcere æſtimationem in id vſque tempus quo res furtiua reſtituatur,ſed nego eam æſtimationem egredi retrorſũ iudicij accipiendi tempus: quomodo idem Vlpianus diſertè ſcribit in*l.2.§. quæſitum.D.de priuat.delict.* Tempus autem iudicij accipiendi interpretor tempus litis conteſtatæ. Sic enim loqui prudentes ſolent,quia non niſi poſt litem apud prætorem conteſtatam iudicium accipi olim poterat, cùm ille iudiciorum ritus eſſet vt ex eo tempore iudices dare prætor & poſſet & deberet *l.2.C.de pedan.iudic.* Neque poſſum probare differentiam illam quam Accurſius inducere videtur inter iudicij accipiẽdi & accepti tempus : Quaſi iudicij accepti tempus ad litis conteſtationem referendum ſit, iudicij verò accipiendi,ad tempus admiſſi furti , quòd,inquit,ex eo die iudicium accipit & litis conteſtatio fieri potuerit contra furem ſi dominus in agendo diligentior eſſe voluiſſet.Nam vt taceam quod ex innumeris iuris locis probari poſſet,iudicij accipiendi & accepti tempus apud lureconſultos pro eodem vſurpari,vtrumque ſcilicet pro tempore litis conteſtatæ, illud etiam euidenter falſum eſt poſſe dominum condictione furtiua agentem iudicium accipere eo ipſo die quo furtum factum eſt,ſi diligens eſſe velit ad agendum. Quantumlibet enim diligens ſit, fieri tamen nequit vt iudicium accipiat niſi poſt litem conteſtatam,vt diximus,litis autem conteſtatio præcedere non poteſt, quin pręceſſerit editio actionis,vocatio in ius,& alia eiuſmodi quæ ſunt præparatoria iudiciorum : quæ tamen omnia nemo dixerit vno eodémque die expediri poſſe.Fatendum igitur eſt quod Vlpianus ait condictionem furtiuam non egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus , alium ſenſum habere non poſſe quàm hunc,vt quanti plurimi res furtiua fuit à die admiſſi furti in diem vſque litis conteſtatæ,in condictionem furtiuam numquam veniat,ſed duntaxat quanti plurimi vnquam fuit à die litis conteſtatæ in id vſque tempus quo res reſtituatur ſiue ante ſiue poſt condemnationem. Nec ad rem pertinet quod in *dict.l.in re furtiua* 8.§.1.*de condict.furt.*idem Vlpianus geue-

raliter ſcribit condemnandum eſſe furem in hac actione quanti plurimi vnquam res fuit. Vnum enim iuris locum ex alio interpretationem accipere nihil vetat, maximè verò cùm vterque locus eiuſdem eſt Iuriſconſulti quem à ſeipſo diſſentire credendum non ſit: Concurrente præſertim iuris ratione quæ eam euincat interpretationem. Quantumuis enim fur odio dignus ſit, iuris tamen ratio non patitur vt eius contra quem agitur obligatio vnquam creſcat ob id ſolùm quòd tardiùs contra eum agatur, quémadmodum Paulus ait in *l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem. D. de action. empt.* Eſt enim quod ſibi dominus imputet potiùs quàm furi cur citius non egerit, vt furem maioris æſtimationis præſtandæ periculo oneraret. Atqui, inquies, moram perpetuò facere fur intelligitur *dict. l. in re furtiua* §. 1. Cur non ergo à die furti quanti plurimi res fuit, tenebitur? Reſpondeo, quia condictio furtiua ſtricti iuris eſt ſicut & cæterę omnes condictiones. In quo actionum genere iam ſæpiùs diximus nullam prorſus haberi rationem morę cùm de mcunda rei ęſtimatione tractatur, ſed tantùm quòd ad perpetuandam obligationem: Et quamuis Vlpianus in *dict.* §. 1. *l.* 8. hanc ſententiæ ſuæ rationem adferat *quia fur in re furtiua moram ſemper facere intelligitur*, nõ tamen ea ratio referenda eſt ad id quod primùm dixerat de prędtanda quanti plurimi ęſtimatione, ſed ad id quod proximè prędcedit, furem ſi deteriorem factam rem reddat non liberari. Eſt enim iuris illa regula generalis, Detrimentum rei quę poſt morã deterior facta ſit periculo eius cedere, qui moram contraxit: quemadmodum & eius periculo res periret *l. penult. D. de condict. tritic. l. ſi ex legati 23. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vltim. de verborũ obligation.* Neque probabilior eſt Stephani interpretis Greci adnotatio, licet à *Cuiacio* probata ad *l. quoties 59. eod. tit.* vt quod Vlpianus ait in *dict. l. 2. §. quæſitum. de priuat. delict.* ęſtimationem rei furtiuę in condictione furtiua non egredi retrorſum iudidij accipiendi tempus, ad eum caſum coangultetur, quo rei ęſtimatio à die furti admiſſi in diem vſque litis conteſtatæ non decreuerit. Perinde enim poſſet quis dicere condictionem furtiuam non egredi retrorſum rei iudicatæ tempus, ſi ponnes eundem eſſe ſempérque fuiſſe valorem rei furtiuæ à die furti admiſſi in diem vſque rei iudicatæ. Æquè autem ridiculus eſt Accurſ. ad *dict. §. quæſitum* vbi tentat an dici poſſit Vlpiani ſententiam eo loco proditam ita demum obtinere ſi pluris nunc res ſit cùm agitur quàm anteà fuerit. Eſt enim interpretatio hæc non ſolùm commentitia, ſed etiam inepta quæ ineptum facit Vlpianum. Quare nec in ea perſtat Accurſius, ſed ad illam confugit quam nos primo loco & retulimus, & refutauimus. Quid ergo, inquies, ſi pluris res fuit eo tempore quo furtum admiſſum eſt, cur non ad eam quoque æſtimationem cõdictionis furtiuæ poteſtas extendetur? Reſpõdeo id fieri non poſſe propter naturam actionis quę ſtricta eſt: neque tamen ob hoc meliorem effici conditionem furis, quoniam actione furti ad ipſum conueniri poteſt vt eam prędtet æſtimationem quæ fuit tempore delicti. *l. cùm furti 9. D. de in lit. iur.* Eſt enim odio furis receptum vt pluribus actionibus teneatur etiam contrarijs, vt puta vindicatione & condictione furtiua, quamuis alioqui verum ſit nemini condictionem rei ſuæ dari. *§. itaque. inſtit. de act. l. 1. §. vlt. de condict. tritic. l. vltim. D. vſufruct. quemadmodum caueat.* Nimirum vt quod vna actione conſequi dominus non poteſt, alia conſequatur. Neque enim condictio furtiua actionem furti perimit cùm hæc pœnalis, illa rei perſecutoria ſit, *lege ſi profuere 7. §. primo, de condiction. furtiu. lege ſi pignor 54. §.*

cum

cùm furti. D. *de furt.* Instabis, Cur ergo non spectamus in condictione furtiua tempus litis contestatæ precisè vt in ceteris omnibus stricti iuris actionibus? Ego verò non aliam possim rationem reddere quàm quia sic constitutum est à prudentibus, eodem, vt puto, furis odio, quod illud etiam contra iuris regulas receptum est vt fur condictione furtiua teneatur. Nam & illud similiter constitutum cernimus, vt in actione legis Aquiliæ res æstimetur quanti plurimi eo anno fuit, retrorsum facta anni computatione, nec tamen possis dicere cur eo anno potiùs quàm aut semestri, aut biennio, nisi quoniam ita constitutum est. Interpretes autem vt probent in condictione furtiua æstimari rem quanti plurimi vnquam fuit à die commissi furti, abutuntur euidenter quibusdam iuris locis quibus scriptum est furti æstimationem crescere penes furem, vt puta si infans subreptus sit qui apud furem adoleuerit, ne alioqui eueniat vt per furti continuationem melior furis conditio fieri videatur, vt Celsus disputat in *l. inficiando* 67. *§. infans* iunct. *l. in furti* 50. D. *de furt.* Nam præter id quod de illo non satis benè constat inter Iureconsultos, plerisque existimantibus ad furti tempus semper referendam esse æstimationem, vt docuimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 12. ex *l. ei qui* 9. *eod. & l. vlt. D. rer. amot.* Sunt ita longè differentia, Crescere furti æstimationem penes furem, & condemnari furem quanti plurimi vnquam res fuit à die furti. Quod enim fur infantis, nunc adolescentis, præstat adolescentis non infantis æstimationem, non ex eo fit, quòd à tempore admissi furti pluris infans fuerit, sed quia pluris est nunc cùm agitur, nec dubitatur quin ea saltem æstimatio debeatur, quæ litis contestatę tempore reperitur. Adde quòd ea quæstio prudentiumque dissensio ad actionem furti pertinet, non ad condictionem furtiuam, de qua dubitari minùs potest quin competat ad rem subreptam licèt factam precioriorem penes furem, cùm per huiusmodi condictionem nõ æstimatio, sed corpus ipsum petatur, proindeque sufficit idipsum corpus esse, quod furto subtractũ est *d. l. in re furtiua, in princip.* iunct. *l. ex argento* 15. *eod. tit. De condict. furt.* Cæterùm hîc illud prętermittendum non est *Iacobum Cuiacium* in hac quæstione præcipuo quodam errore labi in eo quod scribit *tract.* 8. *ad African. in l. hominem* 37. *D. mandat.* in condictione furtiua æstimari rem vtro tempore pluris fuit, aut furti admissi aut litis contestatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Nam sicuti non patior eam deberi æstimationem quæ furti tempore siue maior siue minor fuit, ita ex tempore litis contestatæ non vtro tempore, quomodo ille loquitur, sed vt prudentes aiunt, quódque longè diuersum est, quanti plurimi vnquam res fuerit condemnandum furem esse contendo, id est, ita vt eius quoque æstimationis quæ intermedio tempore maior fuit, rationem haberi oporteat. Contrarium interpretum nostrorum & pragmaticorum errorem suprà refutauimus, in eo quod de cæteris actionibus tractantes, volunt præstari æstimationem quanti plurimi, cùm Iurisconsultis placeat præstari debere vtro duntaxat tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis si bonæ fidei non stricti iuris actio proponatur, *l.* 3. *§. si per venditorem. de act. empt.*

ERROR TERTIVS.

De æstimatione rerum amotarum.

EX cauſſa rerũ amotarũ neque furti actione neque cõdictione furtiua dari aduerſus eã quæ vxor fuit, certiſſimi iuris eſt, ob honorẽ ſcilicet matrimonij, in eamq; rẽ cõparari neceſſe fuit iudicium ſingulare rerũ amotarũ, vt ait, *l.1.& 2. D.rer.amot.* Quia tamen reuera furtũ ſit, licet mulier lem ìs coerceatur *l.pen.eod.* eodẽ ferè in omnibus rare ceſſetur quo actio illa rerũ amotarũ, cõdictio furtiua, vt pluribus diſputauimus *lib.4. Comeſt.cap.1.* Indèq; nimiũ moti ſunt interpretes, vt dicerent in actione iſta rerũ amotarũ faciendã eſſe condemnationẽ quanti plurimi vnquã res fuit ab eo die quo res amotæ ſunt, quoniã & in condictione furtiua idipſũ iuris obtinere, vt proximè diximus, exiſtimarunt. In quo duplicem video errorem. Vnum quòd putarunt nihil hac parte differre actionem rerum amotarũ à condictione furtiua, alterũ quòd in vtraq; actione inducunt ęſtimationem quanti plurimi à die delicti. Neq; enim puto dubitandum quin differat hac in re condictio furtiua ab actione rerũ amotarũ, hactenus minimum vt in actione rerum amotarũ referenda ſit ęſtimatio ad id tempus, quo res amotæ ſunt ſi tunc pluris res fuerunt *d. l. penult.rer.amot.* ne quis tamen putet vnquã ęſtimatio quanti plurimi ne quidem à tempore litis conteſtatę quomodo in condictione furtiua ab eo demum tempore præſtaretur. Prioris diſſimilitudinis ratio illa eſt quia actio rerum amotarũ non tantùm ſubſtituta eſt *in* locũ furtiuæ condictionis, ſed etiã in locũ actionis furti, quæ haud dubiè cõpeteret ſi honor matrimonij non obſtaret. At in actione furti referretur æſtimatio ad tẽpus furti cõmiſſi, *l. cùm furti 9. D. de in lit.iur. l. ex qui 9. D. de furt.* Non igitur debet mulier melioris eſſe conditionis ob id quod rerum amotarum, non furti actione conueniatur ſi eo tempore quo res amotæ ſunt pluris fuerunt, quàm nunc ſint. Iã enim diximus ſuperiore capite ob eã vel maximè cauſsã ita ius conſtitutum eſſe, vt æſtimatio quanti plurimi quæ ex cauſſa condictionis furtiuæ irroganda eſt, non egrediatur retrorſum iudicij accepti tẽpus, quòd actor indẽnitati ſuæ poſſit conſulere per actionem furti, ſi tunc cùm furtum admiſſum eſt pluris res fuit, quàm nunc ſit. Neque enim vna actio per aliã perimitur cùm actio furti pœnam, condictio verò rem ipſam perſequatur. Poſterioris verò diſſimilitudinis ratio quæ obſcurior videtur illa adferri poteſt, quòd ſolo furtis odio, vt proximè diximus, ac proinde quodam modo in pœnam furti receptum ſit contra iuris regulas vt ex cauſſa condictionis furtiuæ æſtimatio quanti plurimi debeatur. Quo odio digna viſa non eſt mulier quæ res amouit, tametſi re vera furtum fecerit, quia non idcirco pœnas vllas patitur, nec ad aliud tenetur niſi vt ipſas res, quas amouit reſtituat, in honorem, vt dictum eſt, matrimonij. Id enim duntaxat egit legiſlator qui rerum amotarum ſingulare iudicium induxit vt mariti indemnitati cõſuleretur temperata actione ne cum muliere aut durius aut humanius quàm par eſſet ageretur. Nam & in actione rerum amotarum recedimus à regulis iuris in eo quod non inſpicimus præcisè quanti res fuerit tempore litis conteſtatę, vt in condictionibus omnibus, exceptã furtiua, & in cæteris actionibus ſtrictis omnibus, nec rurſus vtro tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis, vt in bonæ fidei iudiciis, ſed vtro tempore pluris fuerunt res amotę aut quo amotæ ſunt, aut quo petitæ, aut quo denique reſtituendæ. Cùm enim ſubſtituta ſit, vt diximus, in locum duplicis illius actionis, furti & condictionis furtiuæ, ſumit ex actione furti

vt ad

vt ad tempus amotionis referri æſtimationem oporteat,ſi tunc æſtimatio maior fuit,ſumit ex condictione furtiua vt creſcat æſtimatio ſi hodie pluris res ſint,quæ non creſceret ſi actionis furti duntaxat naturam hæc rerum amotarum actio imitaretur.Sumit denique ex iure communi & aliarum actionum omnium exemplo,ſiue bonæ fidei ſint,ſiue ſtrictæ ſiue arbitrariæ,vt ad quanti plurimi æſtimationem nullo caſu mulier teneatur.Et hic proculdubio ſenſus eſt dictæ *l.penult. D.rer.amot.* Thryphoninus ſcribit rerum amotarum æſtimationem ad id tempus quo amotæ ſunt referri debere.Nam *veritate*, inquit,*furtum fit,etſi lenius coerceatur mulier*.Supple minorẽ propoſitionem *Atqui in actione furti tempus inſpiceretur quo furtum factũ eſſet.d.l.cùm furit 9. De in lit.iurand.* Vt inferas,*Ergo & in actione rerum amotarũ tempus amotionis inſpiciendum eſt*. Sed ſi pluris factæ res,inquit,non reſtituuntur quæ amotæ ſunt,creſcit æſtimatio vt in condictione furtiuæ rei. An vt exemplo condictionis furtiuæ æſtimentur res amotę quanti plurimi vnquam fuerunt? Minimè,ſed vt intelligamus actionem rerum amotarum in eo quòd creſcit æſtimatio,magis ſimilem eſſe condictioni furtiuæ quàm actioni furti,in qua ſecundùm Thryphonini & aliorum prudẽtum receptiorem, vt videtur, ſententiam,non creſceret æſtimatio, licèt in eo diſſenſerint lureconſulti,vt docuimus *lib.16. Conject.cap.12.* Et ſanè cùm *æſtimationem creſcere* dicimus non de quanti plurimi æſtimatione præſtanda intelligimus,ſed de ea quę nunc eſt.i. cùm agitur aut cùm lis in condemnationem deducitur,vt in *l.ſi ſterilis 21.§. cùm per venditorem. D.de act.empt.* Denique qui dicunt in actione rerum amotarum condemnationem fieri debere quanti plurimi vnquam res amotę fuerunt,non ſolùm ſine lege & ſine ratione loquuntur,ſed etiam ſine exemplo. Nam quod ita ius comparatum eſſe volunt ad exemplum condictionis furtiuæ,errant grauiùs,cùm in condictione furtiua æſtimatio quanti plurimi non egrediatur vt diximus iudicij accepti tempus *l.2.§.quæſitum. D.de priuat.delict.* Itaque dum volunt facere eandem conditionem actionis rerum amotarum quę eſt condictionis furtiuę, faciunt deteriorem , quàm è contrario in fauorem & honorem matrimonij decet vtique eſſe meliorem: niſi quatenus furti quoque actionem repræſentat.Inde enim illud etiã fit vt in actione rerum amotarum iuretur in litem ſi mulier eiúſve heres dolo malo deneget rerum amotarum reſtitutionem,*l.ſicùm dos 8.§.vlt.cum l.ſeq.* D.*rer.amot.* quia & in actione furti iuraretur *d.l.cùm furti*:quamuis in furtiua condictione non magis quàm in cęteris actionibus ſtrictis iuretur in litẽ. Id eſt,niſi vno illo caſu quo res perierit poſt moram ante conteſtationem.*l.in actionibus 5.§.planè & l.ſeq. D.de in lit. iurand.* In eóque fatendum neceſſariò eſt differre actionem rerum amotarum à condictione furtiua. Quamquam non ignoro interpretes & pragmaticos omnes in ea eſſe hęreſi,vt exiſtiment in cõ dictione quoque furtiua perinde ac in actione furti, imò maiore,vt aiunt, ratione in litem iurari.Quod quàm à iuris ratione alienum ſit ſuo etiã loco dicemus.Illud tantùm hic ſubnotare volumus , non ſine cauſſã iudicium rerũ amotarum ſingulare dici à Paulo in *d.l.1. D.rer.amot.* non quòd ſit diſtinctũ ab actione furti vt quidam putant , aut vt alij interpretantur , quod non ſit generale vel vniuerſale vt alia aleraque , vel quia detur pro re ſingulari. Aut denique quia fauore mariti & vxoris introductum ſit iure ſingulari, ſed quia ſuas proprias & ſingulares habet regulas, ab ijs regulis quæ obtinent in alijs

Digitized by Google

actionibus, etiam in quatum vicem locúmque introductum est, separatas: cùm tamen iure communi non deessent vulgares actiones furti, & condictio furtiua, si non in honorem matrimonij nouam actionem, singulari quodam iure in eam rem comparari placuisset, *constituto iure* vt eadem lex ait, id est ita inducto iure, & prudentum autoritate aduersus meram iuris rationem ac sine lege stabilito.

ERROR QVARTVS.

De accessionibus & vsuris æstimationis quanti plurimi,

QVÆRVNT passim pragmatici, vt error ex errore nasci solet, An æstimationis quãti plurimi accessiones, & vsurę aliquo casu, & à quo tẽpore debeãtur. Nec desunt qui putẽt nullas deberi posse, moti ea tãtũ ratione quòd accessionis accessio nũquam debeatur. Quasi æstimatio quãti plurimi accessio quædã sit, & vice eius quod potest interesse actoris, cui proinde satis supérque cõsultum sit si quanti plurimi merx cõsequatur. Alij cõtrà mordicus defendũt, etiá vsuras deberi saltẽ ex die litis cõtestatæ, siue bonæ fidei, siue stricti iuris actio exerceatur, propterea quód æstimatio quãti plurimi nõ tã sit accessio, & vice eius quod interest, quá res ipsa quæ debetur: Ac quoniá huic quæstioni tũ maximè locus fit cũ de cẽsu & reditu annuo agitur, qui in merce cõsistat (in quo debiti genere si mora per interpellationẽ præsertim iudicialẽ cõtracta sit, cauetur statuti nostri autoritate vt quãti plurimi eo anno merx fuit præstari oportet) fatentur eius quidẽ anni quo tanti plurimi merx fuit accessiones nullas deberi posse, sed pro annis sequentibus, quidni, inquiũt vsuræ debebũtur ex mora aut saltẽ à die litis contestatæ, acsi tãta pecunia ab initio debita fuisset? Maximè verò cum debitor vt fieri adsolet, obligatus est ad faciendam sua die solutionem sub pœna vsurarum aut quanti creditoris interesset. Mihi videntur hi omnes ignoratione principiorum iuris euidenter cæcutire. In eo primùm quòd tractant de æstimatione quanti plurimi quasi aliquo casu debeatur: Quam nos iam diximus toties, & probauimus deberi non posse vllo casu nisi cùm aut de actione legis Aquiliæ tractatur, aut de condictione furtiua: & quod statuto nostro cautum est de æstimatione quanti plurimi præstanda sit, emphyteota in soluendo censu annuo, congruè interpellatus, moram fecerit, licèt omnimodo obtineat propter statuentis Principis autoritatem, tamen ex inueterato interpretum errore profectum magis quàm noui certíque iuris constituendi animo inductum videri debet, vt & alia pleraque non leuioris ponderis quibus haud dubiè solus interpretum error caussam dedit. Cęterùm hoc inducto vt æstimationẽ quanti plurimi aliquo casu certísque de caussis præstari oporteat, errant grauiùs qui putant censendam eam esse iure accessionis vt inferant vsuras eius nullas deberi. Veriſſimũ enim est quod in contrarium alij disputant, nihil aliud esse æstimationem quanti plurimi quàm rem ipsam quæ debetur, & in cuius locum præstatur, *l. in re furtiua 8. §. 1. De condict. furt. l. pen. & vlt. De condict. tritic.* quibus iungi possent omnes

cæteri

cæteri iuris loci qui tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione. Quid.n.differre poteſt æſtimatio quanti plurimi à cõmuni æſtimatione niſi quatenus id quod plus eſt differt ab eo quod eſt minus? Atqui vulgatum eſt etiam apud noſtros licèt ex philoſophia depromptũ, Plus & minus nũquam facere vt differant ſpecie ea, quæ alioqui nõ differrẽt. Sed quamuis ita ſit vt æſtimatio quanti plurimi acceſſionis iure cenſeri numquam debeat, non tamen ex eo ſtatim conſequens ſit quod iſti volunt eius vſuras præſtãdas eſſe: quia nec ſciri poteſt quid ſit in æſtimatione illa quanti plurimi quãtúmque eo nomine debeatur, priuſquàm condemnatio, adeóque condẽnationis taxatio ſecuta ſit, nec proinde fieri poteſt vt moram videatur feciſſe debitor in eo quod non ſoluit æſtimationem quanti plurimi, nec rurſus vt ante moram in ſoluendo contractam vſuras debeat ob hoc ſolùm quod non ſoluerit. Fateor condemnationẽ numquam facere vt quid debeatur cùm iuſta condemnatio eſt, ſed tantùm vt quod re vera debetur, debitum eſſe pronuntietur. Fateor moram præcedere neceſſariò debere antequàm ad præſtãdæ quanti plurimi æſtimationis condemnationem irrogandam peruenirì poſſit: Sed hoc contẽdo, ſeparandam eſſe moram in ſoluenda merce contractam, quæ locum faciat condemnationi æſtimationis quanti plurimi, ab ea mora quam præcede re neceſſe eſt, vt illius æſtimationis vſuræ aliquæ debeantur. Moram facit debitor qui ſua die interpellatus non ſoluit mercem quam à ſe debitam eſſe nõ ignoret, ſi cauſſa iuſta nulla ſit, propter quam recuſare ſolutionem, aut in longiorem diem differre debeat. Ideóque meritò ad æſtimationem quanti plurimi præſtandam condemnatur, poſtquam inuita etiam iuriſprudentia ita ius conſtitui ſtatuto placuit. Sed non ideò fit vt hoc ipſo moram contraxiſſe videatur idem debitor in ſoluenda æſtimatione: quia quãti plurimi fuerit merx quæ ſolui debuit, ſciri nullomodo poteſt ante taxationem, & conſequẽter imputari nõ poteſt debitori cur eá pecuniã quæ pro æſtimatione nũc certa debetur iam antè nõ ſoluerit, non quòd iã ante nõ deberetur, prius etiã quã certa eſſet, ſed quia neſciebatur quantũ eo nomine deberetur. Quo igitur iure debebuntur vſuræ tanquã ex mora? Quare nec vſpiã ſcriptũ reperias, furem quem lex vult ſi condictione furtiua conueniatur condemnandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuit à die litis conteſtatæ, condemnari æquè debere ad vſuras eius æſtimationis, tametſi non poſſit debitoris vllius cauſſa eſſe odioſior quàm furis, non in eo ſolùm quòd moram in re furtiua ſemper facere intelligitur, ſed in eo etiam quòd duriùs cum illo agitur, vel hoc ipſo quod præſtat æſtimationem quanti plurimi quam alij debitores præſtare non ſolent. *d. l. in re furtiua. §. 1. de condict. furt.* Accedit quòd nec mora ſola facere poteſt etiamſi iudicialis ſit & contracta per litis conteſtationem, vt vſuræ vllę debeantur ex cõtractu ſtricto, quemadmodum à nobis tractatum probatúmque eſt in ſuperioribus. Quamquam autem fieri poteſt vt citra moram vſuræ debeantur, ſcilicet ex conuentione, vt in *l. qui Romæ. in princip. de verborum obligation.* fieri tamen numquam poteſt vt priùs vllę debeantur, quàm certa ſit quantitas, cuius non ſolutæ nomine exiguntur: Niſi vno fortaſſis illo caſu quo per debitorem ipſum fiat ne tam citò ea taxatio, & vt pragmatici loquuntur, liquidatio fieri poſſit: quod euenit plerunq; per tergiuerſationẽ & fruſtrationẽ debitorũ. Habẽda.n. eſt taxatio pfacta in necẽ debitoris, ex quo per ipſũ debitorẽ ſtat ne fiat. Vt dici ſolet de cõditionib⁹ omnibus

haberi eas pro impletis in odium eius per quem fit quominus impleantur *l. iure ciuili* 24. D *e condic. & demonstr.* Concludamus igitur, æstimationis quanti plurimi vsuras numquam deberi ne quidem ex die condemnationis, aut ex eo tempore intra quod iudicato satisfieri oportet, sed ex eo demum quo post factam condemnationis taxationem mora in excutione iudicati commissa esse cœperit, siquidem nec priùs faciendi iudicati tépora currere incipiunt, quàm taxatio illa secuta sit, quoties citra taxationé illam nesciri potest quid quantumque deductum videri debeat in condemnationem.

ERROR QVINTVS.

De iureiurando in litem cùm agitur condictione furtiua.

ET si nullo iuris loco scriptum est, in conditione furtiua iurari posse in litem, frequentissima tamen interpretum & pragmaticorum omnium vox est, Iurari posse. Quam in rem Accursio duce abutuntur, *lege, cum furti* 9. D. *de in lit. iur.* vbi Iabolenus ex Cassio scribit cùm furti agitur iurari oportere, tanti rem fuisse cùm furtum factum est, actioné furti interpretantes condictioné furtiuá. Prorsus ridiculè & ineptè. Nemo enim nescit, differre toto genere actioné furti à condictione furtiua, cũ illa pœnalis sit, hæc rei persecutoria, vnde fit vt nec altera per alteram perimatur *l. si pro fure* 7. §. 1. D. *de condict. furt. l. si pignore* 54. §. *vlt. D. de furt.* Itéque vt cessante furti actione possit condictio furtiua cõpetere, quemadmodũ in specie illa de qua Paulus *in l.* 3. §. *sed & cum vxore. D. rer. amot.* (nisi tamen is locus Triboniani est potiùs quá Pauli) si ei cui heres maritus est, vxor furtũ fecerit, vel marito antequã nuberet. Cessante enim non solùm actione rerũ amotarũ, propterea quòd furtũ extra matrimoniũ esse factũ proponitur, itémque actione furti propter reuerentiã personarũ, vt lex ait, sola superesse potest condictio furtiua, quæ non sicut actio furti infamiá irrogat. Cessat náque ignominia in condictionibus quáuis ex famosis caussis pendeant *l. cessat* 36. D. *de obligat. & action. Ergo quod in d. l. cùm furti* scriptũ est de actione furti vt in ea iurari possit, nec de condictione furtiua intelligi potest, nec ad eã protrahi debet. Ratio autẽ cur non possit Accursius sibi persuadere quòd in actione furti iuretur in litẽ, nullius planè momenti est. Ait enim actioné illã furti nihil nisi pœnã persequi, quasi consequens sit nihil igitur caussæ esse cur in ea iurari in litẽ oporteat. Certũ enim est in duplo illo aut quadruplo quod in furti manifesti vel nec manifesti pœnã irrogandũ est, simplũ contineri, nec nisi ex cõparatione simpli posse dupli aut quadrupli rationé iniri. Proinde necessariò sẽper inspiciendũ est quid quantúmque in simplo sit: quod ipsum si res furtiua per dolũ & contumaciam furis non exibeatur, aliter sciri non potest quàm si actori permittatur vt iuret in litẽ, non quòd nesciri possit quanti re vera fuerit res furtiua eo tẽpore quo furtũ factũ est, adeóque etiáſi extare desierit, quẽadmodum euenit in actione legis Aquilię cùm homo occisus æstimatur quanti plurimi fuit eo anno retrorsũ cõputato, sed quia quãdiu res furtiua extat, nõ est cogẽdus dominus re sua carere ac iusto pretio eã vendere, non magis quàm si ageret ex

geret ex bonę fidei contractu ad rei ſuæ reſtitutionem *l.tutor.8.eod.l.non enim 9.D.rer.amot.l.ſi filiofamilias 25.§.1. D.ſolut.matr.* Cur enim deterioris conditionis ſit agens ex delicto? Tractamus ſiquidem de actione furti quæ competat ratione dominij, vt Papinianus loquitur in *l.ſi vendidero 80. §.1. D. de furt.* Ex quo etiam apparet longè improbabilioré eſſe aliam Accurſij interpretationem, qui parum ſibi ſatisfaciens in eo quod dixerat actionis furti nomine condictionem furtiuam intelligi debere, mauult tandem ſequi Azonem exiſtimantem Iabolenum in *d.l.cùm furti* tractare de ſacramento in litem, ſed de eo, inquit, quod veram quantitatem rei ſubtractæ continet, ſiue actione furti, ſiue cõdictione furtiua agatur, quia & in actione furti habetur reſpectus ad rem, ſicut & in interdicto vnde vi ex *l.ſi quando 9.C.vnde vi.* Nã prętęr id quod titulus ipſe ſub quo lex poſita eſt oſtendit ſatis non niſi de iureiurando in litem accipi legem debere, non poſſum ego intelligere quodnam illud iuſiurandum ſit, quod ille commiſcitur, ſi non illud eſt quod vulgò interpretes vocant iuſiurandum veritatis: quod ipſum tamen, ſi quod tale eſt, de quo diſputabimus in ſequentibus, aliud quàm in litem eſſe non poteſt. Ac neque video ex quo iuris loco aut qua ratione probare Accurſius poſſit iurari in condictione furtiua, qualecunque tandẽ iuſiurandum illud ſit quod interponi velit, niſi vno illo caſu quo etiam in cæteris condictionibus, & ſtricti iuris actionibus iurari in litem poteſt, nimirum cùm res petita periit poſt moram ante conteſtationẽ *l.in actionibus 5.§. planè.de in lit.iur.* quod iuſiurandum ſoleo ego dicere neceſſitatis, non vt interpretes vocant, veritatis, quia nec eius deferendi alia ratio eſt quàm quod non aliter poſſit iudex æſtimare rem quæ non extat, vt in *d.§.planè Iuriſconſultus ſcribit.* Porrò extra eum caſum neceſſitas nulla eſt propter quam aduerſus iuris regulas induci debeat vt in condictione furtiua magis quàm in aliis ſtrictis iudiciis in litem iuretur: cùm ſi quid aduerſus furem eius odio durius conſtitui deberet, poſſit actio furti ſufficere actori vt non tantùm de veritate, ſed etiam ex affectione iuret. Idcirco enim furis odio comparatum eſt, pluribus adeóque contrariis actionibus eum teneri, id eſt vindicatione, condictione, & furti, vt quod actor per vnam conſequi nequit, per aliam conſequatur. Denique ſunt iſta prorſus repugnantia, in condictione furtiua iurari in litem, & fieri condemnationem æſtimationis, quanti plurimi vnquam res fuit. Inauditum enim eſt iurari in litem quanti plurimi res fuerit. Et ſanè ſi quo caſu iurari poſſet iuraretur contra occiſorem ex lege Aquilia, cùm is perinde ac fur ex delicto adeóque improbiore conueniatur. Quod tamen non ita eſt. Probare enim illo caſu actor debet quanti plurimi eo anno fuerit ſeruus occiſus, facta retrorſum anni computatione, non de eo iurare. Cùm enim iurare licet non quanti res fuerit, ſed quanti eſſe aut fuiſſe iuratũ ſit inſpici debet. Vnde illud eſt quod ait *lex vltim. De in lit.iur.* De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris iurauit non facilè queri ſolere. Nunquã enim iuſiurandum in litem deferri ſolet niſi cùm neceſſe eſt vt vel rationi iuris vel æquitati ſatisfiat: vt docebimus *infr.cap.8.*

ERROR SEXTVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda.

INTERPRETES noſtri, qui nullam, vt diximus, differentiam agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm de re debita per iudicem æſtimanda tractatur, nec tamen negare poſſunt differentiam illam conſtitui, quam omnium apertiſſimè Vlpianus ponit in *l.3.§.in hac. D.commod.* vt in iudiciis bonæ fidei ſpectetur tempus rei iudicandæ, in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ, coguntur vt ſe euoluant, differentiá referre ad eum caſum quo res debita non per iudicem, ſed per iuſiurandum in litem æſtimanda eſſe proponatur. Cuius ſententiæ autor fuit *Bartolus* ad *d. §.in hac*, aliſq; quàm plurimis locis, motus, aut vt meliùs dicam, à ſeipſo vltrò deceptus eo colore, quòd Vlpianus in *d. §. in hac* tractans de ineunda rei commodatæ æſtimatione, tractat etiam de iureiurando in litem quod in actione commodati locum habet, vt & in cæteris bonæ fidei iudiciis. *Bartoli* igitur ac vulgarium interpretum, omniúmque pragmaticorum ſententia eſt, in eo differre bonæ fidei iudicia à ſtrictis, quòd in bonæ fidei iudiciis æſtimatur res per iuſiurandum in litem inſpecto tempore rei iudicatæ, in ſtrictis verò ex tempore litis conteſtatæ. Diſſimilitudinis ratione illam adferunt, quòd iuſiurandum in litem in actionibus bonæ fidei ſit adfectionis, naſcatúrque ex dolo per reum admiſſo in iudicati executione cùm reus ad rem tradendam condemnatus non vult parére, non autem ex mora ante ſententiam commiſſa. In ſtrictis verò contra; naſcitur, inquiunt, ex dolo commiſſo ante ſententiam quandocumque, imò verò ex ſola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis *l.in actionibus.in prin. cip.& verſ.planè D.de in lit.iurand.* Mora autem ſi non ſemper ante conteſtationem, ſaltem tunc contrahitur cùm conteſtatio fit, ob idque putat *Bartolus* litis conteſtatæ non morę tempus ab Vlpiano expreſſum eſſe in *d.§.in hac*, in déque etiam fieri vt quibus locis tractant Iureconſulti de iureiurando adfectionis præſens tempus ſemper demonſtrent his verbis *quanti res eſt*, vt *d.§. in hac d.l.in actionibus l. arbitrio* 18.§.1. D. *de dolo.l.qui reſtituere* 67. D. *de rei vindicat.* Tempus verò præteritũ *quanti res fuit* quoties tractant de iureiurando in litem in iudiciis ſtricti iuris *l.numis* 3. D. *de in lit.iurand.* quod iuſiurandum interpretes & pragmatici omnes poſt *Bartolum*, veritatis iuſiurandum vulgò appellant. Nos quàm ſit hæc diſtinctio à iuris ratione aliena docuimus fuſiſſimè *lib.16.Coniect.cap.1.& 13.* Sed tamen facere non poſſumus quin hîc nonnulla repetamus, vt non tantùm doctionibus, ſed etiam nudis pragmaticis, quibus noſtri illi Coniecturarum libri non abs re paullò obſcuriores videri poſſunt, quantum in nobis erit conſulamus. Illa primùm diſtinctio ridicula, proſúſque commentitia eſt vti iuſiurandum aliud ſit adfectionis, aliud veritatis. Nullum enim veritatis iuſiurandum agnoſcunt Iureconſulti, vt ſequenti Decade dicemus: nec fieri poteſt vt actori concedatur in litem iurare quin eius adfectioni indulgeatur. Deinde falſum eſt quod iſti volunt iuſiurandum adfectionis quod in bonæ fidei iudiciis locum habet, naſci ex dolo admiſſo per reum in iudicati executione. Vlpianus enim cùm in *dicto §.in hac* ſcribit ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ, apertiſſimè demonſtrat tempus quo res iudicanda eſt, & in condemnationem deducenda, vt idem ille loquitur in *l.3.§.ſi per venditorem.* D*e action. empt.* non etiam tempus illud quo res iam iudicata ſit, quod vtique ſpectari oporteret ſi non niſi in executione iudicati in bonæ fidei iudiciis in litem iuraretur. Et verò quid ſi res cõmodata aut ex alio bonæ fidei contractu debita deſierit

ante

ante rem iudicatã præſtari poſſe dolo malo debitoris? Quidni condemnabitur rectà debitor ad æſtimationẽ? aut quomodo aliter ſententia feretur? Non enim niſi fruſtrà & ineptè iudex condemnauerit debitorẽ ad præſtandam ſpeciem quã ſciat præſtari ampliùs nullomodo poſſe. Sicut è contratio faceret ridiculè ſi debitorẽ condemnaret ad æſtimationẽ ſpeciei poſitæ in obligatione, & quæ præſtari adhuc poſſet, *l. vlt. C. de fideic. libert.* Nec ſanè vllibi reperio iurari in litem in executione iudicati, præterquàm in rei vindicatione & aliis, ſi quæ ſunt eiuſmodi arbitrariis in quibus neceſſe eſt præcedere iuſſũ de reſtituendo priuſquàm peruenirì poſſit ad condemnationẽ *d. l. qui reſtituere 63 D. de rei vindic.* Quamquã ſi cum prudentibus potiùs quàm cùm interpretibus loqui velimus, ne tùm quidem iuratur in executione iudicati, quoniã iuſſus ille de re quæ petitur reſtituenda arbitrium dicendũ eſt non ſententia aut condemnatio §. *præterea Inſtit. de action.* vt ſuo loco dicemus. Et cõſequenter falſum etiam eſt quod ait *Bartolus* in iudicio bonæ fidei non iurari ex mora ante ſententiam commiſſa. Contumacia enim, eius qui conuenitur ſi reſtituere iuſſus non pareat, licèt ſequatur arbitrium illud & iuſſum reſtituendi, ſententiam tamen præcedit. Sententiã ſiquidem non dicitur per quam reus neque abſoluitur, neque condemnatur, quorũ neutrum per arbitrium fit, ob idque nec iudicandi officio functus videri poteſt iudex qui rẽ reſtitui iuſſit, quomodo haud dubiè functus dici deberet, ſi arbitriũ eiuſmodi ſententiæ & condemnationis iure cenſeretur *l. iudex poſteaquam. D. de re iudicat.* Ruſus quod noſtris placet, in iudicijs ſtricti iuris iuſiurandũ naſci ex dolo quandocunque ante ſententiã cõmiſſo, iuncta difficultate aut potiùs impoſſibilitate probationis, totũ nugatorium eſt. Nullo enim prorſus caſu natura iudicij ſtricti patitur iurari poſſe in lite ſine mora & culpa ſola, ſiue dolus interceſſerit, nihil enim caſus neceſſitas eo adigit iudicẽ vel inuitum vt deferat iuſiurandũ, id eſt cùm fieri nequit vt citra delationem iuriſiurandi res de qua agitur æſtimetur: quod ipſum vno tantùm illo caſu euenit quo res debita perierit poſt morã debitoris ante litis conteſtationẽ. Nã cùm ante morã perijt, cõſtat liberari debitorẽ naturali interitu rei, nec quicquã ãplius ab eo peti poſſe, *l. ſi ex legati 23. de verb. obl.* Cùm verò periit, non ſolùm poſt morã extra iudiciũ aut ſola libelli oblatione & denunciatione contractã, ſed etiam poſt litẽ conteſtatã equidem manet debitor obligatus acti res perempta nõ eſſet, *l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vlt. eo.* Sed tamen nulla cauſſa eſt propter quã iurari in litẽ debeat, quia etiamſi res extaret, cuius præſtationẽ aliquid impediret nõ alia æſtimatio deberetur quàm quæ litis cõteſtatæ tempore fuiſſet, vt à nobis cõprobatũ eſt in ſuperioribus. Quanta verò fuerit ea æſtimatio inſpecto tẽpore cõdemnationis, perinde ſciri poteſt etiam poſteaquàm res perempta eſt, acſi adhuc extaret. Neque enim quod homo nunc mortuus eſt impedit quominùs ſciri poſſit quanti eſſet antè quàm moreretur, neque in eam rẽ neceſſariũ eſt iuſiurandũ, vt cernere eſt in ſpecie, *l. pen. D. de condic. furt.* itémque in actione legis aquiliæ in qua æſtimatur res quãti plurimi eo anno fuit facta retrorſum anni cõputatione, *l. ait lex 21. & paſſ. D. ad l. aquil.* Vnus igitur caſus ille ſupereſt quo iurari poſſit in litem poſt rem peremptam, ſi res perierit poſt moram & ante conteſtationẽ. Tunc enim cùm mora faciat vt res etiamnum extare videatur quæ tamen præſtari amplius non poteſt, nec rurſum' moræ ratio vlla habeatur in iudicijs ſtrictis, quod pertinet ad ineundã æſtimationẽ rei debitæ, ſed tantùm quod ad perpetuandam obligationem, neceſſariò ſit

consequens non solùm vt rei peremptæ æstimationem deduci in condemnationem oporteat,sed etiam vt æstimatio illa ex præsenti tempore constituenda sit,id est ex eo tempore quo agitur & litis contestatio fit , non secus quàm si res extaret quæ & pro extante habetur. Porrò ea præsens æstimatio rei iam peremptæ neque officio iudicis neque arbitrio boni viri constitui vllomodo potest,quoniá inspecta veritate æstimatio rei non extantis nulla est. Inde nimirum ita ius cõparari necesse fuit , vt vel inuito iudice & quantumlibet repugnãte stricti iudicij natura deferri possit hoc casu iusiurandũ in litẽ : quod vno verbo Marcianus explicat in *d.l.in actionibus.in fi.* his verbis,*quia nõ potest iudex æstimare sine delatione iurisiurandi rem quæ non extat.* Etsi autẽ is locus nõ nisi de iudiciis strictis tractat,nemo tamẽ nõ videt idẽ quoque dicendum esse,si ex bonę fidei contractu agatur ad consequendam rẽ quę post moram perierit & ante litem contestatã: quoniam illo etiam casu locum habet eadẽ ratio iuris & necessitatis. Quamquam enim hoc plus est in iudiciis bonę fidei quod in iis habetur,quod ad omnia ratio morę, tũ etiã cùm quęritur de ineunda rei debitę æstimatione : non tamen vsque adeò inspicimus tempus illud morę, vt non pluris æstimari res debeat si pluris sit tempore litis contestatę aut condemnationis,*l.3.§.si per venditorem.l.si sterilis* 21.§.*cùm per venditorem. D. de action.empt.* In eóque commune ius est iudiciorum omnium tam bonæ fidei quàm stricti iuris,quòd tempus litis contestatæ spectari semper conuenit ex mera iuris ratione , siue quòd quale quid est cùm petitur tale dari debeat.*l.2. D. de vsuris* , siue quòd ex eo tempore quidque æstimandum sit quo nouissimè solui potuit ,*l.si Calendis* 11.*D.de re iudic.* Soluẽdi autem facultas ex conuentione competit & libera est vsque ad contestationem : qua accedente noua quædam obligatio nascitur quam dissolui etiam necesse est vt prior obligatio perimatur,arg.*l.si Titus* 9.D. *de ver. oblig.* iũct. *l.3.§. idem scribit. D. de pecul.* Differentia tantùm in eo est,quód in iudiciis bonæ fidei tempus illud litis contestatæ ita spectatur vt tamen non spectetur præcisè,quoniam bona fides quæ in eo iudiciorum genere maximè exuberat, efficit vt moræ quoque vel condemnationis tempus inspici oporteat, si alterutro tempore pluris res fuit. In strictis verò spectatur præcisè tempus litis contestatæ , propterea quòd in iis nulla prorsus bonæ fidei ratio habetur.Quæ proculdubio Vlpiani sententia & ratio est in *d.§. in hac. l.3. commod.* Ergo si ex contractu bonæ fidei agatur ad rem quæ post moram necdũ tamen lite contestata perierit,fatendum est æquè locum esse debere iuramento in litem acsi ex contractu stricto ageretur, quandoquidẽ si hodie res extaret,fieri poterat vt pluris nunc cùm agitur,esset,quàm moræ tempore fuisset, nec vnquam melior debitoris conditio esse debet ob id solùm quòd iudicio bonæ fidei conueniatur,cùm propter moram culpámque suam cõuenitur. Ex quo magis apparet quantopere fallatur *Bartolus* qui hanc iudiciorũ bonæ fidei stricti iuris differentiam sic tractat quasi quod scriptũ est de iudiciis strictis in *d.§.planè.l.in actionibus. De in lit.iuran.* ad iudicia bonæ fidei pertinere nequaquam possit. Sicut & in eo labitur euidentissimè quod tempus litis contestatæ à prudentibus dictũ putat pro tempore moræ eo colore quòd tũc saltem cùm litis contestatio fit,mora contrahatur. Nam præter id quod nuspiã illi in hac quæstione meminerunt temporis moræ , sed semper litis contestatæ vt in *d.l.3.§.in hac.* D.*commod.l.vinum* 22.*D.de reb.credit.l.vltim.ff. de condict.tritic.l.hominem* 37.*D.mandat.* Illud etiam constat quod iam diximus

& sæ-

& ſæpius monuimus, in iudiciis ſtrictis nullam omnino haberi poſſe rationem moræ, niſi quòd ad perpetuandam obligationem, quia vt moræ ratio habeatur fit ex bona fide, quæ in iudiciis ſtrictis ad augendas præſtationes nullum penitus locum habet. Nec ſimile eſt, ſi quis obiiciat, pleriſque iuris locis ſcriptum eſſe legatorum fructus & vſuras deberi à die litis conteſtatæ *l.1.& tot.tit.C.de fruct.lib.& vſur.legat.* cùm tamen conſtet deberi à die moræ ſi qua mora heredis præceſſerit conteſtationem, *l.in minorum, C.in quib.cauſ.in integr.reſtit.l.3.D.de vſur.l.Titia Seio 87.§.vſuras.de legat.2.* Ea namque interpretatio quæ ab Accurſio primùm allata, etiam à nobis comprobata eſt *lib.7.Conect.cap.3.* prorſus neceſſaria eſt, non ſolùm vt tot iuris loci concilientur, qui mutuem aloqui pugnarent, ſed etiam ne qua vis fiat iuris rationi. At neque locus vllus iuris noſtri, neque ratio vlla dictat vt in iudiciis ſtrictis tempus moræ inſpiciatur ad ineundam æſtimationem, ſiue officio iudicis, aut arbitrio boni viri, ſiue per iuſiurandũ in litem æſtimatio ineatur, ſed leges omnes clamat inſpiciendũ eſſe tempus litis cõteſtatæ. Cur ergo tẽpus illud litis conteſtatæ interpretabimur tẽpus moræ? Sed & in eo errant interpretes, quòd aiunt difficultatem probationis cum mora cõcurrentem inducere iuſiurandum in litem quod illi appellant veritatis. Non enim ſola difficultas quantũcunque grauis, ſufficeret, ſi non ipſa etiam, vt ita dixerim, impoſſibilitas adeſſet. Primúſq; Zeno Imper. fuit qui propter ſola probationum difficultatẽ introduxit, vt iurari poſſit in litem in ſpecie *l.ſi quado 9. C.vnde vi*, id eſt odio violenti muſoris. Denique cùm quærimus de re debita æſtimanda per iuſiurandũ in litẽ, ridicul & inepti ſimus, ſi quæramus an huius aut illius tẽporis rationẽ haberi oporteat. Fit enim æſtimatio eiuſmodi ex adiectione iuramentis, cui ſi ne dulgere legiſlator nollet, nõ eſſet cur ei iuſiurandũ deferre deberet. Non eſt cõtrarium quod ſcriptum eſt in *l.cum furti 9.D. de in lit.iurand.* cùm furti agitur iurari ita oportere, *Tanti rem fuiſſe cum furtũ factum eſt.* Id enim ita conſtitui neceſſe fuit, quia vt præcedẽti capite dicebamus, ex cõparatione illius ſimpli de quo iuratur, duplum vel quadruplũ conſtituitur quo pœna furti ſiue manifeſti, ſiue non manifeſti contineatur, pœnã autem ad tempus delicti referri neceſſariò conuenit cùm propter delictum infligatur. Cæterùm etiamſi actor iurauerit longè pluris rem fuiſſe quàm re vera fuerit, cùm furtum factum eſt, non idcirco de periurio quæretur, nec ob id minoris fur condemnabitur quòd paratus ſit probare minoris rem tunc fuiſſe: ſi modò talis caſus ſit in quo iuſiurandum in litem deferri debuerit, id eſt ſi actio furti competat iure dominij, nec fur exhibere rem furtiuam, & reſtituere velit. Igitur quod Vlp. in *d.§.in hac.* ſcribit in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudicãdæ tempus ſpectari cùm in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur, non ſic accipi debet, quomodo noſtri volunt, vt vnica ſententia ſit de re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda, ſed quomodo nos ſuo loco interpretati ſumus, vt duæ ſint ſententiæ, vna de iureiurando in litem quod in bonæ fidei iudiciis locum habere ſolet ob dolum ſi actor rem ſuam repoſcat, nõ etiam in ſtrictis, niſi cùm alia ineundæ æſtimationis ratio prorſus nulla eſt. Altera de ineunda æſtimatione ad quam ſolam pertinet differentia eo loco tradita inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris. Reliqua ad hanc quæſtionem pertinentia petenda ſunt ex his quæ diximus *lib.16.Conectur.cap.1.& 13.* & quæ nos ſubiiciemus De iureiurando veritatis *infr.cap.8.*

ERROR SEPTIMVS.

De iureiurando in litem in actione ex empto.

VLGO creditum est in actione ex empto iurari in litem, nec ferè est ex veteribus interpretibus iuris, quos pragmatici passim sequuntur, qui dissentiat: non quòd aliquo iuris loco scriptum sit ita esse, sed quia generaliter sic comparatum ius esse putant, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis iuretur in litem si res debita non præstetur ex *l. in actionibus 5. D. de in lit. iur. l. 3. §. in hac. D. commod. l. 1. §. in depositi D. depos.* Quasi bonæ fidei ratio ius hoc postulet, proindéque faciat vt eadem caussa esse debeat iudiciorum omnium quæ bonæ fidei esse existimantur: inter quæ iudicium empti & venditi principem ferè locum obtinere nemo ambigit. Ego contrariam sententiam semper probabiliorem existimaui. Nam præter id quod non possum mihi persuadere prudentes & Imperatores, quorum tot extant responsa ad actiones empti & venditi pertinentia ius hoc prætermissuros fuisse si putassent, in actione ex empto iurari in litem posse, videò non esse verum generaliter & indistinctè quod nostris placet, in omnibus bonæ fidei actionibus iurari in litem. Constat enim non iurari in contrariis iudiciis depositi, commodati, mandati, & aliis similibus, *leg. ei apud quẽ 53. in princip. D. depos.* vbi ratio redditur quia in iis non agitur de fide rupta, licèt non eo minùs sint bonæ fidei, possintque competere ex caussa doli. Dicat aliquis, huic rationi consequens potiùs videri vt in actione empti iurari debeat, quandoquidem rumpit proculdubio fidem venditor qui rem quam vendidit tradere dolo malo recusat cùm ex natura contractus obligatus sit ad tradendum. Sed respondeo quod de fide rupta hîc dicimus non ita accipiendum esse vt fidem rumpere videatur, quisquis non præstat quod promisit (alioqui etiam in contrariis iudiciis facilè eueniret vt de fide rupta ageretur, & consequenter, vt in iis quoque iuraretur in litem, quod numquam fit) sed vt fidem is demum rumpat, qui rem alienam quam ex bonæ fidei contractu habet à domino, non vult ei restituere, & quidem dolo malo cùm possit, aut si fecerit ne possit. Hoc verò non euenit in actione empti. Neque enim sola venditio transfert dominium citra traditionem: nos autem eum casum tractamus quo res vendita nondum sit tradita, & quo agatur ad traditionem, aduersus venditorem tradere recusantem. Quo casu dico non ad aliud condemnari venditorem posse quantumuis dolus & procacia eius arguatur, quàm vt præstet quanti emptor sua interesse probauerit, vt disertè scriptum est in *l. 1. D. de act. empt.* & *l. si traditio 4. C. eod.* Ergo non quanti emptor in litem iurauerit. Sunt enim hæc, vt sæpiùs diximus in superioribus, planè contraria & repugnantia, condemnari quem in id quod aduersarij interest, & condemnari quanti aduersarius in litem iurauerit. *lege qui restituere 68. D. de rei vindicat. lege semper 15. §. hoc interdicto D. quod vi aut clam, l. arbitrio 18. §. 1. D. de dolo.* An ergo, inquies, liberabitur venditor præstatione eius quod interest emptoris, nec cogetur præcisè rem tradere, tametsi habeat tradendi facultatem

tem? Ita equidem visum est iam olim Ioanni, quem cæteri ferè omnes interpretes secuti sunt aduersus Martinum qui magis probat vt venditor ad traditionem præcisè cogi posset. Sed nos *Coniecturarum lib. 6. cap. 17.* pro *Martino* contra *Ioannem* probauimus ex *Pauli sententijs, Tit. De re iudicat.* condemnari debere venditorem vt rem tradat, si tradere commodè possit. At hoc ipsum non ita accipi volumus, vt præcisè & absolutè cogatur venditor tradere (id enim vix est vt fieri possit sine vi & impressione quâ semper exosam habet legislator) sed vt sub comminatione pœnæ iubeatur rem tradere, nec liberetur inuito emptore, sola eius quod interest præstatione: quomodo haud dubiè liberaretur si rem ipsam tradere iuberi non posset. Ita enim fit, vt non solùm id quod emptoris reuera interest, sed etiam dolus venditoris æstimetur officio & arbitrio iudicis, quod facere iudex percommodè potest etiam citra iusiurandum. Isque prouidubio sensus est *l. si cùm fundum 68. §. 1. D. de contrah. empt.* Existimabam aliquando posse & emptori & iuris rationi satisfieri, vt emptor omnimodo rem habeat citra vim & impressionem, inducto hoc remedio vt manu si opus sit militari, res vendita auferatur venditori & in emptorem transferatur. Exemplo eius quod scriptum est in *dicta l. qui restituere.* Sed nunc mihi ea sententia non probatur, posteaquàm comperi totam eam legem Triboniani esse non Vlpiani, vt scripsi *lib. 16. Coniect. cap. 17.* dicámque *Decade seq. cap. 5.* Denique nulla lex est, nulla ratio quæ probet in actione ex empto iurari in litem. Quis ergo id probet quod neque legem nullam habeat, neque rationem?

ERROR OCTAVVS.

De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant, veritatis.

QVANDO in tractatum hunc de in litem iurando incidimus, explorandus necessariò nobis est grauissimus error interpretum & pragmaticorum existimantium duplex esse iusiurandum in litem, adfectionis vnum, veritatis altertum. Iusiurandum adfectionis appellant, per quod res æstimatur supra quàm re vera sit, propter adfectionem iurantis, cui locum esse volunt vno illo casu quo per dolum possessoris res non restituatur in excutione iudicati: veritatis verò per quod res æstimatur non ex adfectione iurantis, sed quanti re vera est cùm alioqui impossibilis aut difficilis est veræ æstimationis probatio si ad impossibilitatem illam aut difficultatem accedat præterea dolus illius aduersus quem iuratur. Semper enim dolũ interuenire volunt, vt iurari possit. Secuti Bartolũ ita distinguentẽ ad *l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* Nos longè aliter iusiurandum in litem vnicum esse contendimus quod sit adfectionis, nullũ prorsus veritatis. Neque enim fieri vllo casu potest, vt legislator permittat actori iurare in litem, quin eius adfectioni indulgeat, & quidem ex necessitate iuris, id est quia non aliis casibus in litem iurare conceditur quàm quibus fieri nequeat, vt aliter satisfiat aut iuris rationi aut æquitati. De periurio autem eius qui ex iuris necessitate iurauit non facilè quæri solet, vt ait *lex vltima. Digest. eodem.* id est, nisi tam euidens sit periurium

vt nullo colore obtegi poſſit, quemadmodum ſi quis rem viginti dignam, mille aureis æſtimaret. De iureiurando, quod interpretes appellant adfectionis, iam ſatis multa ſcripſimus *in ſuperioribus*, neque meo iudicio quiſquam dubitare poteſt ex iis quæ diximus, quin locum habeat quoties alienę rei poſſeſſor, aut qui dolo deſiit poſſidere, domino eam reddere recuſat, ſiue antè ſiue poſt condemnationē, ſiue bonæ fidei iudicio, ſiue arbitraria actione dominus experiatur ad rem ſuam repetendam, non etiam ſi alius quàm dominus agat. Deferendi namque iuriſiurandi ea præcipuè ratio eſt, quòd non ſit alicui permittendum vt alienam rem inuito domino retineat, aut vt dominum cogat ad rem ſuam iuſto pretio diſtrahendam, *l. tutor 8. D. eod. l. ſi filiofamilias 23. §. 1. D ſolut. matrim. l. non enim 9. D. rer. amot.* Quæ ratio non alio caſu locū habet quàm quo dominus ille eſt qui agit, quantumuis maximè in dolo ſit is qui conuenitur. Idque ex iis quæ in ſequentibus dicemus, clariùs apparebit. Nec rurſus quiſquam dixerit duas illas ſententias, quas interpretes putant ferri debere in actionibus arbitrariis, æquè ferri poſſe in actionibus bonæ fidei, in quibus tamen certū eſt iurari in litem ſi à domino rem ſuam repoſcente, vt diximus, exerceantur. Non igitur verum eſſe poteſt quod illi aiunt iuſiurandum adfectionis non aliam ob cauſſam deferri poſſe, quàm propter dolum admiſſum in executione iudicati. Sic enim fieret vt ſecundam ſententiam ſemper ferri neceſſe eſſet, niſi fortè quis tam ſit imperitus vt negare velit ſententiam dici debere cùm tanti reus condemnatur quanti actor in litem iurauerit. De iureiurando quod illi veritatis vocant, dicendum hic nobis eſt, & quidem breuiter. Scripſimus enim copioſiùs & ad nauſeam vſque *libro 16. Coniectur. cap. 1. & 13.* Duo neceſſaria eſſe putāt interpretes itémque pragmatici, ad hoc vt iuſiurandum hoc veritatis deferri poſſit: dolum ſcilicet aduerſarii & difficultatem probationis: in vtroque peccant. Nam neque dolus neceſſarius eſt, neque difficultas probationū ſufficit, ſed meram & abſolutam impoſſibilitatem adeſſe oportet, vt huiuſmodi iuſiurandum quod illi veritatis dicunt, deferri poſſit. Exemplum enim omnes ſumunt ex *d. l. in actionibus 5. §. planè. de in lit. iur.* nec alium ſanè locū habēt ex quo aliud exemplum ſumere poſſint. Ibi verò Marcianus ſcribit in ſtrictis quoque actionibus interdū iurari in litem, veluti inquit, ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus poſt eam moram deceſſerit, quia iudex ſine delatione iuriſiurandi non poteſt æſtimare rem, quæ non extat. Non ergo requirit, vt promiſſor Stichi ſit in dolo, ſed tantùm vt moram fecerit, quæ fieri vtique poteſt & verò fit plerumque etiam ſine dolo licèt non facilè ſine culpa. Nec rurſus illam ſuæ ſententiæ rationē adfert quòd difficile ſit æſtimare rem quæ nō extat, ſed quia fieri id nullomodo poſſit per iudicē ſine delatione iuriſiurandi. Non ergo difficultatem probationis intuetur ſed meram impoſſibilitatem. Si qua enim ratione fieri poſſet, vt ſine delatione iuriſiurandi æſtimaretur res iam perempta, nihil ſanè cauſſæ eſſet cur in iudiciis ſtrictis iuſiurandum in litem aduerſus iuris regulas deferri oporteret. Sed neceſſitas deferendi facit, vt ipſis quodammodo legibus hac parte vim fieri neceſſe ſit. Proinde ſi ſpeciale nomen huiuſmodi iuſiurandum mereretur, neceſſitatis dici deberet, non veritatis. Quænam enim vera eſſe poteſt æſtimatio rei quæ amplius non extat? Dices fortaſſe iurari quidem poſtquàm res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo res extitit, verámque habuit æſtimationem. Sed non ita eſt: in eó-

que

que omnes quotquot vnquam legere contigit interpretes, turpiter hallucinantur. Quid enim facilius, quàm æstimare citra iusiurandum rem quæ non extat inspecto eo tempore quo extitit? Exemplum esto in actione legis Aquiliæ, in qua homo occisus æstimatur quanti plurimi eo anno fuit, facta retrorsum anni cõputatione *l. aut lex* 21. *& pass.* D. *ad leg. Aquil.* & tamen nullibi reperias in ea actione iurari in litem. Sunt enim ista omnino repugnantia, condemnari occisorem serui quanti plurimi vnquam seruus fuerit. Et, condemnari quanti dominus in litem iurauerit. Sic & in specie *l. penult. D. de condict. tritic.* id est cùm agitur de æstimando homine perito per condictio. nem triticariam, & iam adiudicato ac post sententiam mortuo, dicimus eam æstimationem deberi quæ mortis tempore fuit, neque tamen ex ea caussa in litem vllomodo iurari concedimus, quia nec necesse est: in quo nos ipsi errauimus *lib. 6. Coniect. cap.* 17. Quid enim potest interesse an res adhuc extet, an perempta sit ad ineundam præteriti non præsentis temporis æstimationem? Et ex eo nimirum apparet in eo casu quem Marcianus tractat in *d. §. planè*, id est cùm homo ex stipulatu debitus perijt post moram promissoris, non præteriti temporis æstimationem deberi, sed præsentem, id est, quæ tunc sit cùm agitur, ob idque necessarium esse iusiurandum in litem, quia fieri per rerum naturam nullomodo potest vt ex præsenti tempore æstimetur res quæ amplius non extat. Quæ tamen vt ex præsenti tempore æstimari debeat, illud facit quod propter moram præcedentem extare adhuc creditur, licet verè perempta sit, ideóque & peti potest acsi extaret *l. si seruum* 91. *§. sequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* Potest ius fingere rem extantem quæ re vera non extat vt adhuc debeatur ne interitu speciei debitæ morosus debitor liberetur, sed non potest illa iuris fictio efficere vt præstari possit res quæ verè extare desijt, quia obligatio iuris est, præstatio autem & solutio facti *l. cõsilio* 7. *§. vlt. D. curat furios.* Ius autem fingere potest circa ea quæ sunt iuris non circa ea quæ sunt facti *l. denique* 19. *ex quib. caus. maior. l. in bello* 12. *§. facti* D. *de capti. & post lim. reuers.* Itaque quòd res extare desijt, impedire non potest quominus præsens æstimatio debeatur, quia cùm pro extante habeatur, succedit alia iuris regula quæ facit vt talem tantámque rem debitam præstari oporteat, qualis quantáque est cùm petitur *l.* 2. *D. de vsur.* Quanti verò tunc res sit quæ re vera nulla amplius est, neque iudex neque probus quisquam vir dicere vllomodo possit. Proinde iurisiurandi in litem delatio necessaria est, & consequenter iurantis adfectioni indulgere iudex vel inuitus cogitur, quoniam non nisi ex iurantis adfectione æstimationem potest habere ea res, quæ re vera nullam habet. Ex quo intelligimus, cur Marcianus in *dict. §. plane* requirat vt mora promissoris mortem Stichi præcesserit. Nempe quia si mora nulla præcessisset, vtique promissor Stichi interitu eius liberaretur *l. si ex legato* 23. *De verborum obligat.* atque ita nullus de æstimatione præstanda quæstioni locus relinqueretur, sublata penitus obligatione. Quòd si fingeres aliquo casu fieri posse vt citra moram perempto Stichо nihilominùs promissor maneret obligatus, non magis necessaria esset mora quàm dolus promissoris ad inducendam huiusmodi iurisiurandi delationem. Non enim propter moram defertur iusiurandum, sed propter solam impossibilitatem probationis. Mora autem ideò duntaxat exigitur vt post rem peremptam salua esse possit obligatio cuius potestate ad æstimationem ineundam præstandamque decurri

oportet. Et in eo rursum euidenter errat *Bartolus* qui iusiurandum hoc veritatis non nisi ad præteriti temporis æstimationem referendum esse putat, cùm ex contrario non aliam ob causam deferatur, quàm quia solam præsentis temporis æstimationem, quæ re vera nulla est complectitur. Fefellit *Bartolum* quod in *l. numis 3. de in lit. iurand.* Vlpianus scribit, numis depositis non oportere iudicem iusiurandum in litem deferre vt iuret quis quod sua interfuit, cùm certa sit numorum æstimatio. Nisi fortè, inquit, de eo quis iuret quod sua interfuit numos sua die redditos esse. Quid enim si sub pœna pecuniam debuit aut sub pignore, quod quia pecunia depositi ei abnegata est, distractum fuit? Locum enim illum accipit Bartolus de iureiurando veritatis: Sed omnino malè, vt ex iis quæ proximo capite dicturi sumus, intelligetur.

ERROR NONVS.

De in litem iurando pro numis sua die non solutis.

QVOD diximus iusiurandum in litem deferri solere, quoties alienam rem quis inuito domino retinet, suadere videtur vt depositis vel commodatis numis si à depositario vel commodatario non reddantur, iurari in litem possit. Perinde enim fit iniuria domino acsi species non pecunia deposita vel commodata proponeretur: nec minùs agitur de fide rupta cùm pecuniæ æquè ac speciei depositæ aut commodatæ dominium remaneat penes deponentem aut commodantem, & consequenter nihil caussæ est cur non æquè dolus vindicari debeat iureiurando in litem permisso. Sed non ita est. Numorum enim certa est æstimatio, nec proinde quicquam videri potest interesse eius qui deposuit, aut commodauit vt hos vel illos numos habeat, quandoquidem pecunia est ex earum rerum genere quæ inuicem recipiunt functionem. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat deferendi in litem iurisiurandi hãc potissimum rationem esse, ne alioqui eueniat vt dominus rem suam iusto pretio vendere compellatur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Quasi non sit consequens ob id solùm quòd certa sit numorum æstimatio iurari minùs oportere cùm præterea dolus sit vindicandus. Nam & cùm iuratur in litem, inquies, non pluris res fit per hoc, sed contumaciæ æstimatur vltra rei pretium, vt Iurisc. scribit in *l. 1. & in l. tutor 8. De in lit. iurand.* Etenim respondeo multùm hac parte speciem à pecunia numerata differre. Species namque licèt suo vero iustóque pretio æstimata, pretiũ tamen non est, sed aliud quidpiam toto genere à pretio separatum: Ideóque nec negari potest, quin domini interfit rem habere si id malit, potiùs quàm iustam rei æstimationem: Cur enim cogatur aliu[m] pro alio accipere? Siquidem in eo distat species à genere, quòd non sicut genus recipit in suo genere functionem. At nihil omnino interest eius qui pecuniam numeratam deposuit, vtrum hæc aut illa numorum corpora accipiat, si modò quæ redduntur sint eiusdem generis, bonitatis & qualitatis, adeóque defendi potest eam ipsam rem quæ debetur reddi, quamuis non eadem sint corpora numorum quæ deposita fuerunt, nulla igitur ratio est cur ex ea caussa deferri

Digitized by Google

deferri iuſiurandum oporteat,rectéque Vlpianus tractans de numis depoſitis exeo mouetur quòd certa ſit numorum æſtimatio. Subiicit autem, *Niſi fortè deeo quis iuret, quod ſua interfuit numos ſibi ſua die reddítos eſſe. Quid.n. ſi ſub pœna pecuniã debuit,aut ſub pignore,quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt,diſtractum eſt?* Ego verò totum hunc verſiculum Triboniani non Vlpiani eſſe auſim dicere.Nam etſi ponas eum qui numos depoſuit certa die reddendos pecuniam debuiſſe ſub pœna,aut ſub pignore quod ob non factam ſolutionem diſtractũ fuerit,inferre tantùm ex eo poteſt deberi ei quanti ipſius intereſt,cùm alioqui ratione numorum ne quidem id quod intereſt vnquam debeatur. Sed ob id iurari in litem oportere,nullomodo certè inferre poſſis:Neque enim neceſſe eſt cùm etiam citra iuſiurandum facilè ſciri poſſit quanti actoris interſit,tanti ſcilicet quantum fuit in pœna ob non ſolutam pecuniam commiſſa,aut quanti fuit pignus quod propter factam in ſolutione ceſſationem diſtractum eſt.Cæterùm illud ſemper verum eſt ratione numorum nihil penitus intereſſe actoris an hæc aut illa numorũ corpora accipiat, & conſequenter iuriſiurandi in litem deferendi cauſſam nullam ſubeſſe.Quod & Accurſius ipſe præſenſit,qui etſi negare non potuit quod legis verba ferebant,iurari hoc caſu poſſe,negauit tamen iurari in litem:in eo licèt apertiſſimè cæcutiens quod ab Vlpiano cautè factum putat, vt in illis verbis *niſi fortè de eo quis iuret* non adiecerit *in litem*.Quaſi verò de alio iureiurando poſſint ea verba accipi quàm quòd ſit in litem:de quo tamen in proximè præcedentibus locutus fuerat. Et ſanè alterutrum neceſſariò fatendum eſt vt vel in litem vel nullomodo iuretur.Alij verò interpretes quos & idem Accurſius refert, & Bartolus cæteríque deinceps probarunt, cùm viderent nullam in numos adfectionem cadere poſſe,negarunt iuſiurandum hoc quod in litẽ eſſe fatentur,adfectionis eſſe:ſed dixerunt eſſe veritatis,quale illud de quo in§.*planè.I.in actionibus.de in lit.iur.*Adhuc ineptiùs Nam ſi omne iuſiurandum in litem adfectionis eſt,vt ſuprà probauimus, conſequens fit vt quod affectionis eſſe non poteſt,nullum omnino ſit. Illud enim de quo in *d.*§.*planè*,vt proximo capite dicebamus,licèt ex mera facti neceſſitate potiùs quàm ex iuris ratione cauſſam habeat,veritatis tamen iuſiurandum non eſt,ſed adfectionis,aut ſaltem,vt ita dixerim,neceſſitatis,quoniam ſine delatione iuriſiurandi nullomodo poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat,quemadmodum eo loco Marcianus ſcribit.At non ſimiliter poſſis dicere iudicem apud quem agatur de numis depoſitis ſua die nõ reſtitutis,æſtimare non poſſe citra delationem iuriſiurandi quanti interſit eius qui numos depoſuit certo die reddendos ſi ſub pœna ad eam diem debuit pecuniam,aut ſub pignore,quod fuerit diſtractum. Poteſt enim facillimè ad æſtimationem recipere ex quantitate pœnæ quæ ſemper eſt certa,itémque ex pignoris pretio ſiue illud accipias quod ex diſtractione redactum eſt,ſiue quod ex communi hominum æſtimatione maius & amplius conſtitui poſſit. Tractamus enim de pignore quod tùm etiam extet cùm agitur:ac proinde cuius æſtimandi impoſſibilitas nulla eſſe vnquam poteſt. Sed etſi poneres rem illam obligatam deſiſſe extare, non idcirco tamen iurari in litem oporteret,quia cùm ad dictam diem ſatisfactum non eſt,non quanti nunc actoris interſit ſpectari oportet,ſed quanti interfuit ſua die ſatisfactum eſſe,vt & Tribonianus ipſe loquitur,relata ſcilicet æſtimatione eius quod intereſt ad tempus

positũ in obligatione, *l. si Calendis* 11. *D. de re iudicat.* Æstimatio autem præteriti temporis quo res extitit æquè facilis est etiam posteaquam res extare desiit, atque si adhuc extaret, neque iusiurandum in litem necessarium est in eam rem, vt suprà diximus euenire in actione legis Aquiliæ, *l. aut lex* 21. *D. ad leg. aquil.* & in specie *l. penult. D. de condict. tritic.* Sed & quis vnquam obsecro audiit in numis deponendis eam adhiberi conuentionem vt certo die reddantur? Cùm creduntur, frequentissimus est & pernecessarius vsus eiusmodi conuentionis, quia ex mutuo transfertur numorum dominium in accipientem: At cùm ex causa depositi neque dominium transferatur, neque possessio, ita vt neque conuenire possit vt tantundem reddatur, quoniam ea res egreditur notissimos depositi terminos quemadmodum ait iureconsultus in *l. Lucius* 24. D. *depos.* quænam ratio esse potest, propter quam depositarius præreptam deponenti velit repetendæ rei suæ facultatem ante certum diem? Illud verò multò etiam absurdius est, quod idem *Accursius* ad *d. l. numis* defendit, in numis creditis idem iuris esse quod in depositis, id est vt si certo die reddi debuerint nec redditi sint, permittatur creditori iurare de eo quod sua interfuit sibi sua die redditos fuisse. Nam cùm mutui contractus haud dubiè sit stricti iuris, fieri nuumqá potest vt iusiurandum in litem admittat. Est enim generale & perpetuum vt in iudiciis strictis numquá iuretur, excepto vno illo casu de quo in *d. l. planè*, id est mera vrgente facti necessitate, quę porrò in proposita specie, vt docuimus, nulla subesse potest. Fateor ex mutuo tametsi contractus strictus sit posse creditorem petere quanti sua interfuit, si ad certam diem pecunia reddi debuit quæ non est reddita (qui sensus est, *l.* 4. D. *de eo quod cert. loc.* qua vna in sententiæ suæ confirmationem Accursius abutitur) Sed nego ob eam causam iurari in litem oportere, quia neque iudicij natura id patitur nulla vrgente necessitate, neque affectio vlla in numos cadere potest. In eóque par fuit lapsus Accursij, & Tribonani, existimantium aliam rationem non esse propter quam de numis depositis non iuretur in litem, quàm quia nihil interest actoris, atque ita inferentium à contrario sensu, permittendum ergo illi esse vt iuret, si modò eius interfuit, quomodo interest proculdubiò cùm ad diem pecunia reddi debuit ei qui ad eandem diem debuit pecuniam sub pœna, vel sub pignore quod distractum sit. Animaduertere namque debuerunt posse hîc de eo quod interest dupliciter tractari, aut de eo quod interest actoris hos aut illos numos habere, aut de eo quod ipsius interest sibi numos sua die redditos non fuisse. Posteriore hoc modo interest fortè actoris, sed non sufficit ita interesse ad hoc vt iurari in litem possit. Alioqui dicendum esset, quoties agentis interesset iurisiurando in litem locum fore: quod tantùm abest vt verum sit, (neque verò id quisquam vnquam dixit) vt è contrario non possis meliùs excludore iusiurandum in litem, quàm si dicas præstari debere actori quanti ipsius interest: vt à nobis in superioribus satis superque probatum est: Cur ergo, inquies, de numis depositis tractat Vlpianus? Nimirum quia depositi iudicium bonæ fidei est, in quo iurari solet, si species non pecunia debeatur *lege* 1. §. *in depositi.* D. *depos.* Eáque dubitandi ratio erat, quæ in numis creditis nulla fuisset. Cæterùm etiamsi verum esset pro depositis numis iurari posse in litem, tria tamen essent necessaria. Primùm vt numi depositi essent, aut commo-

commodati aut ex aliquo huiuſmodi bonæ fidei contractu debiti. Nam ſi crediti aut per ſtipulationem promiſſi proponerentur, non idem probaretur. Secundum, vt dominus numorum is eſſet qui iuſiurandum in litem ſibi deferri poſtularet. Tertium, vt certo die reddi debuiſſent nec redditi fuiſſent, ita vt ex ea cauſſa intereſſet actoris. Quod cùm accidit, id eſt cùm actoris intereſt propter diei adiectionem, mirum non eſt ſi referatur iuſiurandum ad tempus præteritum non ad præſens, quia ſicuti ſola temporis adiectio facit vt ratione numorum debeatur id quod intereſt, quod alioqui non deberetur, ita neceſſe eſt eius ſolius temporis haberi rationem in eo quod intereſt æſtimando. Itaque non poteſt ex eo loco probari ſententia illa *Bartoli* de qua ſuperiore capite dicebamus, exiſtimantis iuſiurandum in litẽ, quod ille veritatis appellat propriam & perpetuam habere conditionem hanc vt ad prætetitum tempus ſemper referatur, quod ſanè tam falſum eſt quàm quod falſiſſimum.

ERROR DECIMVS.

De delatione iuriſiurandi quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei.

IN eo quoq; pragmatici & interpretes errãt, quòd exiſtimãt id genꝰ iuriſiurãdi quod illi veritatis appellãt, in bonæ fidei iudicijs locũ non habere, ſed tãtùm in ſtrictis. Eſto. r. quod illi volunt & nos negamus iuſiurandũ veritatis illud maximè eſſe, de quo Marcianus tractat in *l. in actionibus* 5. §. *planè. de in lit. iurãd.* Dico & facti & iuris neceſſitatem facere vt perinde iurari oporteat in iudicijs bonæ fidei atq; in ſtrictis, quoties res debita periit poſt morã debitoris ante litẽ cõteſtatã: quia, vt lex ait, nõ poteſt iudex ſine delatione iuriſiurãdi æſtimare rẽ, quę nõ extat. Nã ſiue ex bonę fidei cõtractu, ſiue ex ſtricto quis cõueniatur, certũ eſt morã à debitore contractam efficere ne naturali interitu ſpeciei tollatur obligatio. Ea ſiquidẽ moræ poteſtas eſt ac multò magis in bonę fidei iudicijs quàm in ſtrictis, cùm in illis propter bonam fidem habeatur ratio moræ ad augendas præſtationes acceſſionum nomine. In his verò non item, nec alio vllo caſu extra cauſſam perpetuandæ obligationis vt à nobis in ſuperioribus ſuo loco diſputatum eſt. Inde verò fit vt quamuis Stichus poſt moram perierit qui fortè ex depoſito aut commodato debebatur, perinde tamen peti poſſit acſi adhuc extaret, quia & ex ſtipulatione, qui omnium ſtrictiſſimus cõtractus eſt, peti adhuc poſſet *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur. & §. vlt. De verb. oblig.* Atqui præſtari Stichus non poteſt qui re vera nullus eſt. Eius ergo æſtimatio vt præſtetur neceſſe eſt. Quænam verò æſtimatio? Præſens, quoniam ſi re vera extaret Stichus qui fictione iuris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet qualis quantique tum eſſet cùm peteretur *l. 2. D. de vſur. l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudic.* At quis obſecro dicere poterit quãti nunc ſit res quæ reuera non extat quęque nulla eſt? Nemo ſanè. Igitur neceſſitas & iuris & facti eò adigit iudicem vel inuitum, vt cogatur deferre iuſiurandum actori rem ſuam pro arbitrio & ex adfectione æſtimaturo, tametſi debitoris dolus nullus arguatur. Non enim coercendi doli gratia iuſiurandũ hoc præſtatur: vt aliàs fieri ſolet cùm quis rem alienã poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere, vt domino habendæ eius facultatem eripiat, ſed quia nihil

Digitized by Google

eſt,quod melius & commodius ſtatui poſſit vt actori ſatisfiat. Neque verò quiſquam æquum putauerit,vt meliore conditione ſit is,qui poſt moram & propter moram conuenitur ex iudicio bonæ fidei re perempta,quàm ſi ex ſtricto conueniretur.Dicat fortaſſe aliquis,Differentem eſſe hac parte rationem iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in eo,quod in iudicijs bonæ fidei ſi de ineunda rei debitæ æſtimatione quæratur tempus moræ inſpiciendum eſt,non ſimiliter in ſtrictis *l.3 §.ſi per venditorem.D.de act.empt.* Proinde mortuo poſt moram homine qui ex bonæ fidei iudicio debetur,non eſſe neceſſe vt præſens æſtimatio præſtetur,in eámque rem iuretur in litem, quemadmodum ſeruatur in ſtrictis,ſed eam æſtimationem deberi,præſtarique poſſe quæ fuerit tempore moræ.Sed reſpondeo non ita eſſe.Etſi enim hoc plus eſt in iudicijs bonæ fidei quod in iis non litis conteſtatæ tempus ſolum & præciſè ſpectatur vt in ſtrictis,ſed etiam tempus moræ, tamen illud quoque verũ eſt non vſque adeò præciſè ſpectari tempus moræ in iudicijs bonæ fidei, quin etiam tempus litis conteſtatæ inſpiciendum ſit ſi tùm æſtimatio creuerit, adeóque tempus cõdemnationis vtro tempore res pluris fuit *d.§.ſi per venditorem* iunct.*l.3.§.in hac. D.commod.* Aliter enim poſito iure eueniret vt aucta poſt moram æſtimatione in tempus vſque litis conteſtatæ minus præſtaret debitor ob id quòd bonæ fidei iudicio conueniretur, quàm ſi ex ſtricto vrgeretur:quod prorſus alienum eſſet à bona fide. Itaque licèt hominis poſt moram peremptι æſtimatio facilè iniri poſſit ſine delatione iuriiurandi inſpecto tempore moræ,quia tamen potuit ille pluris nunc eſſe ſi peremptus non fuiſſet, nulla ratio eſt cur cogatur actor contentus eſſe ea æſtimatione quæ moræ tempore fuit, ne ei noceat quod in eius fauorem ſola bonæ fidei magis quàm iuris ratione conſtitutum eſt. Eſt enim generalis & ad omnia ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris iudicia pertinens ratio illa quæ in æſtimatione ineunda ſpectari vult tempus litis conteſtatæ,quòd quale quid eſt cùm petitur,tale dari debeat *d.l.2. D.de vſur.* & æſtimandum quidque ſit ex eo tẽpore quo nouiſſimè ſolui potuit *d.l.ſi Calendis* 11. *D.de re iudic.*quod tempus in omni iudiciorum genere non aliud eſt quàm litis conteſtatæ : Tametſi bona fides faciat vt non minùs inſpiciendum ſit tempus moræ,ſi tum pluris res fuit quia quod ad bonam fidem attinet nihil prorſus intereſt an apud prætorem & per litis conteſtationem, an per extraiudicialem interpellationem quid petatur. Neque enim iudicia in eos comparata ſunt qui bonam fidem agnoſcere & ſine iudice ſoluere parati ſunt, ſed aduerſus moroſos tantùm & contumaces. Quid ergo ſi poſt litem conteſtatam homo ex bonæ fidei contractu debitus perierit? An iuſiurandum in litem æquè locum habebit? Addo *ex bonæ fidei contractu*,quia ſi ſtricti iuris contractus eſſet, dubitationem res non haberet quin iurandi neceſſitas nulla ſubeſſet, cum ex tempore litis conteſtatæ æſtimari homo commodè poſſet, non ſecus acſi adhuc extaret. Nemo ſiquidem dixerit poſſe aut debere æſtimationem eius creſcere poſt mortem cùm nec ſi viueret, creſcere tamen poſſet. At cum bonæ fidei contractus eſt,dubitatio ex eo naſcitur, quòd ſi homo extaret creſcere poſſet eius æſtimatio à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis *d. l. 3. §. ſi per venditorem.l.ſi ſterilis* 21.*§.cùm per venditorem.de action.empt.dict. l.3. §.in hac.*D.*commod.* Proinde videtur deberi præſens æſtimatio non aliter quàm ſi homo poſt moram ante litem conteſtatam deceſſiſſet:Et conſequenter fatẽdum

dum est iurari in litem posse, quia sine iusiurandi delatione præsens illa rei non extantis æstimatio sciri nullomodo potest. Verùm propiùs intuenti sunt ista longè dissimilia. Quod enim rei debitæ æstimatio crescit in bonæ fidei iudiciis à die moræ in diem vsque litis contestatæ, fit ex mera iuris ratione, quæ, vt toties diximus, litis contestatæ tempus præcisè & indistinctè spectari vult, nisi cũ iudicij qualitas & natura patitur vt ex bona fide præcedentis quoque aut sequentis temporis rationem haberi oporteat. Quod autem crescit etiam æstimatio à lite contestata, si tempore condemnationis homo pluris sit cùm bonæ fidei iudicium exercetur, fit ex sola bona fide, non ex iuris ratione: bona autem fides elicere nõ potest vt rei quæ extare desiit crescere possit æstimatio, quæ nec reuera vlla est, tantum abest vt sit incrementi capax. Igitur cùm satisfiat iuris rationi præstita æstimatione quæ fuit tempore litis contestatæ, licèt potuerit ea æstimatio maior esse tempore rei iudicandæ si homo ille non periisset, nihil tamen causæ est cur alia æstimatio quærenda sit ex præsenti tempore ineunda, ideóque nec necesse est iusiurandum in litem deferri, vt pluribus docuimus *lib. 16. Coniect. cap.* 13. Ex quo loco peti poterunt alia pleraque ad tractatum hunc pertinentia. Nobis enim nunc satis est pragmaticorum & interpretum omnium errorem indicasse, proposita interpretatione *dict. §. planè. l. in actionibus.* D *e in lit. iurand.* cuius sententiam à nemine hucusque perceptam esse ausim ego adfirmare: Quam nec nos ipsi benè percepimus *lib. 6. Coniectur. cap.* 17.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS DECIMAOCTAVA.

ERROR I.

De in litem iurando in actione hypothecaria

CVM quæritur an in actione hypothecaria iuretur in litem, solent interpretes & pragmatici distinguere an contra debitorem ipsum, an cõtra tertium possessorem ea actio instituatur. Posteriore casu volunt iurati in litem ex *l. si fundus* 16. *§. in vindicatione* D. *de pignor.*

Digitized by Google

Priore verò non item ex *l. si inter* 21. §. *vlt. eod. tit.* Sic enim hos locos quasi inuicem alioqui pugnaturos conciliant, moti ex eo quod in *d. §. vlt.* scriptũ est aliter litem æstimandã esse cùm hypothecaria exercetur contra debitorem, aliter cùm aduersus tertiũ possessorẽ. Aduersus debitorẽ, inquit Vlpianus, tãti lis æstimatur quanti illud est quod debetur. Contra tertium verò possessorẽ interdũ etiã pluris: quasi fieri nequeat vt pluris æstimetur, quin iusiurandũ in litẽ actori deferatur. Quã interpretationẽ & distinctionẽ euidens sanè iuris ratio refellit. Numquã enim iusiurandũ in litẽ deferri potest nisi ex necessitate iuris, vt ait *l. vlt. D. de in lit. iurand.* id est cùm alia ratione nulla satisfieri potest iuris rationi aut æquitati, quod tũ demũ euenit cùm sine delatione iurisiurandi æstimari non potest res de qua agitur, vt in *l. actionibus* 5 §. *planè eod.* aut cùm actori subueniendũ est ne dolo aduersarij rẽ suã iusto pretio vẽdere cogatur *l. 1. l. tutor* 8. *eo. l. si filiofamilias* 25. §. 1. D. *solut. matrim. l. non enim* 9. D. *rer. amot.* Atqui in actione hypothecaria siue debitor siue tertius possessor ille sit contra quẽ agitur, numquã aut æquitas aut necessitas iuris facit vt in litẽ iurari oporteat: quandoquidẽ creditoris indẽnitati aliter satisfieri cõmodè potest, præstatione scilicet eius quod interest, licèt hoc ipsũ aliter cõtra debitorẽ, aliter contra tertiũ possessorẽ æstimetur. Nã contra debitorẽ æstimatur ex ea quantitate quę debetur, cõputato etiã si quid aut sumptuũ in litem factorũ aut accessionũ nomine debeatur. Neque enim fieri potest vt pluris in rem sit agentis creditoris: cùm in re pignorata nihil iuris habeat pręter ius pignoris, quod ipsũ dissoluitur soluto omni eo quod debetur. At contra tertiũ possessorẽ agentis potest interesse longè pluris quàm sit in debito, nimirũ si res pignorata sit pluris, vt plerumque esse solet. Tenetur enim creditor debitori actione pignoratitia vt quod plus est in æstimatione pignoris quàm sit in debito, restituat debitori, siue pignus pro suo iure vendiderit, *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit. D. de pignor. act.* siue per iudicẽ lis æstimata sit, quoniã & ea litis æstimatio venditio quædam est, *l. 3. D. pro emptor.* tenetúrq; creditor in ea re bonã fidem præstare vt non minore pretio quàm quanti res est pignus à tertio possessore ex iudicato retineri patiatur: Licèt aliud sit cùm tertius possessor cõuentus per hypothecariã offert vltrò creditori quantum necesse est ad hypothecariã excludendã. Non enim illa litis æstimatio venditio est, aut venditionis iure censenda, quandoquidẽ nihil est quod imputari possit creditori qui nihil nisi debitã quantitatẽ exegit à pignoris possessore, quíque accepta ea summa quæ sibi debebatur, pignoris possessionẽ non eripuit possessori: vt pluribus explicauimus (est enim res satis obscura, nec ab vllo adhuc fortassis benè explicata) *lib. 16. Coniect. cap. 15. & 16.* Cæterùm ex eo quod Vlpianus scribit *in d. §. vlt. l. si inter*, æstimari litem in actione hypothecaria cõtra tertiũ possessorem institutã, multò pluris interdũ quàm illud sit quod debetur, non possis nisi prorsus ineptè cum interpretibus & pragmaticis inferre. Iurari igitur eo casu in litem siquidẽ non dolus & contumacia possessoris tũ æstimatur, vt fit cùm in litẽ iuratur, sed res ipsa obligata vt habeat creditor quod possit debitori restituere pignoratitiam quandocunque instituto. Porro res obligata facilem cõmodamque æstimationem recipit sine delatione iurisiurandi, vt & aliæ rẽs omnes quæ extant, cùm non nisi extantis rei nomine hypothecaria contra tertium possessorẽ exerceri possit, quia neque fieri potest vt res quæ extare desiit à quoquã possideatur. Quare non distinguit Vlpianus an tertius ille possessor in dolo sit, an in culpa dũtaxat, sed omnimodo

Digitized by Google

omnimodo vult condemnari eum in maiorem quantitatem quàm illa sit quæ debetur, id est, vt nos interpretamur, si pluris res sit quàm debitum. Quæ tamen distinctio prætermittenda non fuisset si de iureiurando in litem deferendo Vlpianus sensisset. Constat enim ob dolum solum iurari posse in litem non etiam ob culpam, nec si lata proponatur, *d. l. in actionibus*. Accedit illa quoque ratio quæ iusiurandum excludat, quod non alius iusiurandum hoc deferri solet, quàm qui litē suo nomine cōtestantur *l. vulgò 7. D. eod.* In quorum numero vtique non est creditor cùm supra eam quantitatem quæ sibi debetur, censeatur procurator debitoris. Cui demùm iurare in litem permittendum erit si iure dominij vindicationem exerceat, & possessori restituere iussus, dolo malo parére nolit. Quid ergo sibi vult Marcianus in *d. l. si fundus. §. in vindicatione. D. de pign.* vbi ait in hypothecaria iurari in litem? Dico sententiam illam à iuris ratione prorsus alienam esse, ideóque Triboniano potiùs quàm Marciano adscribēdam, ex pluribus quæ nos in hanc rem congessimus *lib. 16. Coniect. cap. 15.* Alioqui sanè perinde dicendū erit in actione hypothecaria iurari in litem cùm aduersus debitorem, atque cùm contra tertium possessorem exercetur. Est enim illius loci sententia generalis, & ratio qua Tribonianus & falsò & inepte mouetur, quòd inquit nihil profutura sit actio hypothecaria, si per eam non plus debito creditor consequatur, qui tantundem per actionem personalem consequeretur, ad eam hypothecariam magis pertinet quæ contra debitorem ipsum exercetur, quàm ad illam quæ contra tertiū possessorem, vt & illud generale est quod ait Tribonianus *sicut & in ceteris in rem actionibus*. Perinde enim vtroque casu actio hypothecaria in rem est, siue contra debitorem, siue contra tertium possessorem instituatur. Verius igitur est in actione hypothecaria aut omni casu in litem iurari, aut nullo. At omni casu iurari nec interpretes quidem audent dicere. Ergo nullo iurabitur. Idem tractari potest si quis obiciat ex *l. qui restituere 67. D. de rei vindicat.* in omnibus actionibus arbitrariis in litem iurari. Nam aut fatendum est locum illum esse etiam Triboniani non Vlpiani, vt nos indicauimus & probauimus euidentissimè *cap. 17. lib. 16.* aut perinde concludendum in actione hypothecaria omni casu in litem iurari, cùm sit omni casu arbitraria.

ERROR SECVNDVS.

Si creditoris hypothecariam exercentis interfit pluris quàm debeatur.

TAMETSI & interpretum & pragmaticorum ea sententia & distinctio sit quam nos superiore capite retulimus, vt in actione hypothecaria ita demum iuretur in litem si contra tertiū possessorem non etiam si contra debitorem instituatur, nō tamen omni casu iurari volunt contra tertium possessorem, sed eo demùm quo pignoris possessio amissa sit culpa creditoris, & è contrario interdum etiam contra debitorem ipsum iurari patiuntur si quo casu interfit creditoris suprà quàm debeatur, vtputa, inquiunt, si eidem creditori chiro-

grapharia debeatur pecunia propter quam retinere pignus posset, si eius possessionem nactus esset: nimirum quod anteà possedisset, ac cuius possessio sine ipsius facto posteà ad debitorem rediisset. Sic enim *Bartolus*, quem ceteri sequuntur ad §. *vlt. l si inter* 21. *D. de pignor.* Vtrumque malè, & vtriusque erroris eadem caussa. Ex eo nempe conflata, quòd putant nihil interesse an quis dicat in actione hypothecaria iurari in litem, An æstimari litem pluris quàm illud est quod debetur, quasi fieri nequeat vt pluris æstimetur quin iusiurandum in eam rem interponi necesse sit. Inde enim consequens fieri arbitrantur, vt si quando interest creditoris supra quàm sit in debito iusiurandum ei deferri oporteat siue contra debitorem ipsum agat, siue contra tertium possessorem. Porrò cùm aduersus tertium possessorem agit non aliter videri potest eius interesse pluris, quàm si pignoris possessionem culpa sua amiserit. Quoniam, inquit *Bartolus*, solus debiti oblatio alioquin hypothecariâ summoueret *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione. eo. tit.* Cùm verò creditoris culpa possessio amissa est, interest ipsius vt eam recuperet, ne eo nomine teneatur pignoratitia debitori, cui vtique non teneretur si pignoris possessionem sine culpa sua amisisset. At cùm aduersus debitorem ipsum agitur, ita demũ interest creditoris supra quàm sit in debito si propter chirographariâ pecuniam pignus retinere velit. Nos verò iam superiori capite probauimus quàm sint ista distantia & differentia, æstimari litem in actione hypothecaria supra quàm creditori debeatur, & iurari in litem. Nec enim quicquam prohibet alia ratione quàm per iusiurandum fieri eam æstimationem, quæ licèt egredi aliquando possit eam quantitatem quæ debetur, numquam tamen egreditur id quod re vera interest creditoris, quinimò potiùs egreditur interdum debitam quantitatem ob hoc solùm quod pluris interest creditoris non vt tertij possessoris vel debitoris dolus & contumacia coerceatur: cùm tamen si de in litem iurando tractari posset dolum necessariò præcedere oporteret eius contra quem iuraretur, itémque iurantis affectioni aliquid indulgendum esset vt supra etiam quàm reuera eius interesset ipsi præstaretur, nisi rursus ad commentitiam illam distinctionem recurras duplicis iurisiurandi affectionis & veritatis, quam nos in superioribus abundè refutauimus cùm probauimus omne iusiurandum in litem esse affectionis, nullum veritatis. Fateor quod vult *Bartolus* posse creditoris interesse amplius quàm illud sit quod debetur siue ex iis caussis, quas ille congerit, siue ex aliis quibuslibet. Sed nego iurari idcirco in litem oportere, cùm neque de dominio contendat is qui in rem obligatam agit iure creditoris, neque faciliùs quicquam sit quàm æstimare exactè & ad amussim quicquid creditoris re vera interest etiam sine delatione iurisiurandi. Et verò quid absurdius, quàm eo casu quem *Bartolus* tractat iurari in litem contra tertium possessorem, si, inquit, creditor culpa sua pignoris possessionem amiserit. Quænam enim noua hæc iurisprudentia est vt pleniorem & saluotabiliorem actionem ex culpa sua creditor consequatur? Nam si nulla creditoris culpa interuenerit in amittenda pignoris possessione non negat Bartolus iusiurandum ei deferendum non esse, temetsi maximè dolo malo faciat tertius possessor qui contra se hypothecariam exerceri patitur. Itaque meliorem facit conditionem creditoris qui culpam admisit

quàm

quàm eius qui in culpa nulla eſt. Apertè contra iuris regulas quæ non patiuntur vt ex culpa ſua quis actionem ſibi acquirat, aut vt ob ſolam culpam iuretur in litem, nec ſi culpa eius arguatur contra quem iurandi facultas poſtulatur. Quantò minùs igitur ob culpam iurare volentis iuſiurandum permittendum erit? Neque ad rem pertinet quod eo caſu futurum eſt vt creditor debitori pignoratitia actione teneatur ſi pluris ſit pignus, cuius poſſeſſionem malè amiſit, quàm quanti eſt id quod debetur: non enim videri debet ſentire damnum quod ex culpa ſua ſentiat, vt eſt in iuris regula. Ideóque nec actionem ex ea cauſſa habere debet. Quamquam non nego hoc etiam caſu quo creditoris culpa interuenit, perinde in condemnationem deduci quanti re vera pignus eſt, acſi culpa nulla interueniſſet, quia non propter amiſſam poſſeſſionem eiuſmodi condemnatio fit, ſed propterea quòd ea litis æſtimatio, quæ non à poſſeſſore ad excludendam hypothecariam vltra oblata eſt, ſed à iudice taxata vrgente creditore, pro venditione eſt *l. 5. D. pro emptor.* factúmque iudicis habetur hîc, vt & alias plerumque pro facto partis, nec tantùm creditoris, ſed etiam debitoris, adeò vt ſi pignus vindicare poſteà velit à poſſeſſore qui & condemnatus fuit & iudicato ſatisfecit, oblato etiam omni eo quod à poſſeſſore ſolutum ac præſtitum eſt, non magis audiendus ſit, quàm ſi creditor ſuo iure pignus diſtraxiſſet, vtique ſi habuit creditor diſtrahendi facultatem, quam ſemper habet niſi cùm in contrarium conuenit ne habeat. Sed quoniam de tota hac quæſtione ſcripſimus fuſiſſimè *lib. 16. Coniecturarum cap. 16.* ſatis ſit hæc adnotaſſe, vt in poſterum pragmatici intelligant quàm verum ſit quod nos præcedente capite tractabamus, Nullo prorſus caſu creditori hypothecariam exercenti indulgendum eſſe vt in litem iuret, ſiue contra debitorem agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem, ſiue culpâ ſuâ pignoris poſſeſſionem amiſerit, ſiue citra culpam, & ſiue chirographaria pecunia præter pignoratitiam aliqua ei debeatur, ſiue nulla.

ERROR TERTIVS.

De formula inſtituenda actionis hypothecariæ.

ACTIONEM hypothecariam ſiue contra debitorẽ, ſiue cõtra tertiũ poſſeſſorẽ inſtituatur, ſic inſtitui debere vulgò exiſtimatũ eſt, vt rei obligatæ reſtitutio petatur, & cõſequenter ita concipiendã eſſe ſententiam, vt eius rei reſtitutio creditori adiudicetur, qui poſtea iure ſuo pignus retinere poſſit in eum vſque diem quo ſibi ſolutum à debitore aut aliter ſatisfactũ ſit. Sic enim noſtri tractant ad *§. in vendicatione. l. ſi fundus 16. D. de pig.* Quos illud potiſſimũ mouet quod iactari ſolet, hypothecariã & vt prudentes frequentiùs loqui ſolent quaſi Seruianã auocare nudam pignoris poſſeſſionẽ, *l. ſi cùm venditor 66. D. de euict.* Mihi ſententia hæc à iuris ratione ſemper aliena viſa eſt. Omnes enim fatentur, quod & veriſſimũ eſt, actionem hanc hypothecariam eſſe arbi-

trariam, non ſecus ac illam quæ iure dominij competit ad rem vindicandam §. *præterea. Inſtit. de action.* Proinde quemadmodum in directa domini vindicatione is agendi ordo eſt & eſſe debet, vt dominus petat pronuntiari primùm rem ſuam eſſe: tùm arbitrio iudicis poſſeſſor rem reſtituere iubeatur: poſtremò ſi arbitrio parére nolit tum demùm condemnetur non ad rem reſtituendam, quod lato de ea re arbitrio iam factum eſt, ſed quanti dominus in litem iurauerit ob rem non reſtitutam, *l. qui reſtituere* 63. *D. de rei vindic.* Ita & in actione hypothecaria obſeruandum eſt, vt creditor hoc vnum ante omnia petere & poſſit & debeat, pronunciari rem ſibi obligatam eſſe, vinculóque pignoris obſtrictam: quæ hypothecæ adiudicatio dicitur à Marciano in *dicta l. ſi fundus. §. creditor D. de pignor.* Quo facto non aliæ iudicis partis eſſe poſſunt quàm vt ex officio arbitretur, iubeátque rem illam à poſſeſſore, quiſquis ille ſit, reſtitui creditori, niſi malit oblato omni eo quod creditori debetur hypothecariam ſummouere: poſſeſſore autem arbitrio non parente tum demùm ſequitur condemnatio *d. §. in vindicatione.* Non igitur ad rem reſtituendam, quandoquidem de re reſtituenda iam arbitrium redditum diximus, ſed ad inferendam litis æſtimationem, id eſt, vt quanti creditoris intereſt, tanti poſſeſſor condemnetur. Quamuis vt in ſuperioribus diximus aliter ea litis æſtimatio fieri debeat, cùm agitur aduerſus debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Nam ſi aduerſus debitorem, non pluris iutereſſe creditoris ſolet quàm quanti illud eſt quod debetur: ſin aduerſus tertium poſſeſſorem, fieri facilè poteſt vt pluris interſit creditoris, toties ſcilicet quoties pluris eſt pignus quàm quod debetur *l. ſi inter* 21. *§. vltim. D. de pignor.* In eo igitur ſimilis eſt hypothecaria directæ vindicationi dominii, quòd ex neutra ſequi poteſt condemnatio niſi præcedente arbitrio: arbitrium autem de re reſtituenda non ex vllius præcedentis obligationis aut actionis iure proficiſcitur, ſed ex officio iudicis, qui poſteaquam pronunciauit rem eſſe petitoris aut obligatam petitori, non aliter boni viri officium implere & exequi poteſt, quàm ſi iubeat eam rem actori reſtitui. Quo enim iure patiatur eam à poſſeſſore retineri inuito actore qui in ea ius habeat vel dominii vel pignoris. Eámque arbitrariarum omnium actionum naturam & condicionem eſſe Iuſtinianus diſertè ſcribit in *dicto §. præterea. Inſtit. de action.* De cuius ſententia ſequenti capite dicemus. Duplex tamen inter hypothecariam & dominii vindicationem differentia eſt. Vna in eo quòd poſteaquàm cognitum & pronuntiatum eſt, rem eſſe petitoris, iubetur poſſeſſor eam rem præcisè reddere, id eſt ita vt nihil aliud habeat quod præſtare poſſit ad hoc vt arbitrio paruiſſe videatur. In hypothecaria verò nõ magis præcisè iuberi poteſt is qui pignus poſſideat vt id reſtituat, quàm vt pecuniam debitam ſoluat, ſed ſub ea condicione, niſi pignus luere malit & quicquid debetur creditori offerre: habet enim hypothecaria actio perpetuas ſuas condiciones & exceptiones (nihil enim aliud eſt exceptio quàm condicio *l. exceptio D. de exception.*) ſi ſoluatur aut aliter ſatisfiat, quibus demum ceſſantibus tenet *l. grege* 13. *§. etiam. Digeſt. de pignor.* Vindicatio autem dominij condiciones nullas habet, quia non eſt cogendus dominus rem ſuam iuſto precio vendere, ſed omnimodo habere eam debet. Et ex hac differentia naſcitur illa etiam, quòd in dominij vindicatione ſi arbitrio non pareatur, non alia ſequi poteſt condemnatio quàm quan-

Digitized by Google

quanti petitor in litem iurauerit. Nam cùm nulla omninò præcedat obligatio cuius potestate condemnari præcisè possit is qui possidet vt rem restituat ad quod nec possit adigi sine vi & impressione quam ciuilis legislator numquam admittit, necesse est pecuniariam ferri condemnationem ob contumaciam possessoris parere nolentis quam ea contumacia pro obligatione sit ad inducendam condemnationem. Absurdum enim esset, ob id quòd reus arbitrio non paruerit condemnari eum posteà vt pareat: neque maior causa subest irrogandæ necessitatis parendi post contumaciam quàm antè fuerit. Porrò pecuniaria condemnatio ferri non potest, quin aut ex rei veritate, aut ex adfectione res petita æstimetur. Ex rei veritate communique hominum existimatione pretium statui iniquum esset, quoniá ita fieret vt ex dolo possessoris rem suá iusto pretio vendere dominus cogeretur. Consequens igitur est vt ex petitoris adfectione rem æstimari oporteat, id est per iusiurandum in litem. At in hypothecaria satisfit abundè petitori, si præstetur ei quanti eius reuera interest, quia non rem suam persequitur, sed alienam, nec aliam agendi causam habet nisi vt consequatur quantum sibi debetur, aut quantū præterea debitori actione pignoratitia restituere tenebitur si rem habeat cum tertio possessore. Tanti igitur litem æstimare iudex debebit, non quanti actor in litem iurauerit, sed quanti actor sua interesse probauerit *d. l. inter* 21. *§. vlt. De pignor.* Quod cùm ita sit, non igitur ipsa pignoris restitutio aut in petitionem, aut in condemnationem deducēda est, vt interpretes & pragmatici existimant, sed ius pignoris in actione instituenda proponendum & vindicandum est vt pronuntietur rem esse pignori obligatam: sententia verò sic concipienda, vt possessor siue tertius ille sit, siue debitor ipse ad præstandam litis æstimationem condemnetur, id est ad id omne quod re vera interest creditoris, siue pluris interfit quàm debeatur, siue non pluris. Vtique enim minoris interesse numquam potest. Apparet autem ex superioribus quantum etiam discrepet à iuris ratione noua illa hypothecariæ instituendæ ratio quæ à pragmaticis nostris frequentissimo vsu inducta receptáque est. Solent enim hypothecarij creditores oblato libello rectà petere vt sibi liceat res quas pignori obligatas dicunt distrahere, pretiúmque quod ex distractione redigi poterit ad eam vsque quantitatem retinere quæ debetur tam accessionum, quàm sortis nomine. Nam præter id quod inciuile est, & contra iuris regulas vt ab executione incipiatur, fieri nullo modo potest vt pignoris distractionem pati possessor debeat priusquàm lis æstimata sit, nec rursus vt lis æstimetur ante condemnationem, nec denique vt condemnatio sequatur quin arbitrium præcedat: quod ipsum porrò vt possit præcedere, necesse est priùs pronuntiari rem de qua agitur pignoris vinculo teneri. Nec sanè alius instituendæ hypothecariæ ritus probari potest, nisi fortè pragmaticorum errori tantum autoritatis tribuamus, vt facere potuerit, ne hypothecaria actio amplius sit arbitraria qualis olim fuit, eritque quandiu prudētum responsis, iutique rationi sua fides & autoritas constabit.

ERROR QVARTVS.

De arbitrarijs actionibus.

In arbitrariis actionibus definiendis perpetuus grauissimúsque interpretum nostrorũ & pragmaticorm error est, quòd existimant duas in iis ferri sententias, vnã per quá reus ré petitá restituere aut quid aliud facere iubeatur, alterã per quá ob nõ factũ id quod facere debuit in amplioré quantitatem condemnetur. Vtramque verò sententiam definitiuam esse volunt, sed eam præsertim quæ prior redditur, adeò vt posteriorem sic accipiant, quasi in indicati executione reddita videatur. Quod si ita est, non duas tantùm sed semper tres sententias in actionibus arbitrariis ferri debere dicendum erit. Primùm enim necesse est ante omnia iudicem pronuntiare rem de qua agitur esse petitoris, vt in vindicatione, aut petitori obligatam vt in hypothecaria, aut per vim vel dolum extortam, vt in actionibus *De eo quod met. causs.* aut *de dolo*, & similiter in cæteris, quæ pronuntiatio in vindicatione & hypothecaria dominij & hypothecæ adiudicatio dicitur §. 1. *Instit. de offic. iudic. l. si fundus* 16. §. *creditor. D. de pignor.* Ea verò pronuntiatione facta sequi debet arbitrium iudicis vt eam rem quæ petitoris est aut petitori obligata reus restituere iubeatur, secundùm eam tamen distinctionem quæ à nobis superiore capite tradita est vindicationis & hypothecariæ actionis *dict.* §. 1. *de officio iudic.* Si arbitrio non pareatur tum demum sequitur condemnatio, tantique reus condemnatur quanti actor sua interesse probauerit vt in hypothecaria & actione *de dolo*, aut in litem iurauerit vt in vindicatione, aut in quadruplum, vt in actione *Quod met. causs.* aut in aliam pœnam pro actionis propositæ conditione & qualitate. Tres igitur sententias in huiusmodi actionibus ferri dicendum esset si quælibet vox & interlocutio iudicis pro sententia acciperetur. Sed non ita est. Neque enim sententia dici potest nisi quæ vel absolutionem continet, vel condemnationem. Atqui non ex eo solo quod pronuntiatum est rem esse petitoris, aut obligatam petitori, condemnatus reus dicitur, imò quod magis est, ne condemnandus quidem, quia si postmodum eam rem restituere iussus pareat arbitrio & præcepto iudicis absolui debet non secus acsi pronuntiatum esset contra petitorem. Denique non nisi vno illo casu sequi potest condemnatio quo parére arbitrio reus noluerit, & sine caussa recusauerit vel distulerit, vt Iustinianus & apertè & eleganter declarat *in §. præterea Instit. de action.* post Vlpianum in *l. item si cum* 14. §. *hac autem actio. D. quod met. causs.* Indéque nimirum fit vt quamuis iudex posteaquàm semel sententiam dixit, officio functus intelligatur, nec amplius quicquam pronuntiare possit, *l. iudex posteaquàm* 55. D. *de re iudic.* non eo minus tamen iudex maneat, quod rem cõtrouersam petitoris esse aut petitori obligatam pronuntiauerit, adeóque actori restitui iusserit, quod vtique non obtineret si aut hæc, aut illa interlocutio sententiæ præsertim diffinitiuæ, vt interpretes putant, iure censeretur. Qua de caussa numquam videas Iureconsultos tam impropriè & abusiuè loqui vt eam pronuntiationem quæ præcedit de domino aut iure pignoris sententiam appellent, sed adiudicationem dicunt rei aut hypothecæ, *dict.* §. *creditori.* Sicut & præceptum illud insimúmque quod sequi solet de re restituenda, non sententiam, sed arbitrium semper vocant, cui si non pareatur tum demum sequi volunt condemnationem *dict.* §. *hac autem actio*, qui locus in hanc rem omnium apertissimus & elegantissimus est, *lege arbitrio* 18. *in princip. & §.* 1. D. *de dolo. l. qui restituere* 68. D. *de rei vindic.* vbi scriptũ

est

est non solùm postquàm alienæ rei possessor rem restituere iussus est, sed etiá post ablatam ab eo possessionem & in actorem translatam manu militari, debere nihilominùs sequi condemnationem, fructuum totiúsque causæ nomine: fructuum, inquam, lite pendente perceptorum. De iis enim necessariò intelligi is locus debet, vt docuimus *lib.16. Conject. cap.17.* Quis autem, inquam, dixit post latam de principali negotio sententiam superesse iudici facultatē pronunciandi rursum de fructibus? Sanè iuris ratio repugnat *l. terminato 3. cum seq. C. de fructib. & lit. expens.* Atqui si verum esset quod interpretes somniant arbitrium iudicis de re restituenda pro sententia diffinitiua accipi oportere, sequeretur non solùm post diffinitiuam sententiam, verùm etiam, quod esset multò absurdius post sententiæ diffinitiuæ executionem quæ per manum militarem facta esset, nouæ condemnationis ferendæ ius superesse. Quid enim aliud est ablatio illa & possessionis translatio per manum militarem, de qua in *d. l. qui restituere*, nisi executio arbitrii de re restituenda? quod & Accursius fatetur. Et certè dici non potest quo iure aut qua ratione in arbitrariis actionibus possit ferri sententia quin priùs arbitrium reddi necesse sit, quandoquidē iis casibus in quibus arbitraria actio competit nulla obligatio est quæ præcedat, quam tamen præcedere necesse est vt quis condemnetur. Qui enim rem alienam aut alteri obligatam possidet, is neque ex contractu vel quasi obligatus est, neque ex delicto vel quasi, ne tum quidem cùm pronunciatum est rem esse petitoris, aut obligatam petitori, quoniam ea pronunciatio rem ipsam afficit non personam possidentis, de quo aut in quē nihil pronunciatur. Quid ergo? Facit duntaxat ea pronuntiatio vt arbitriū induci possit. Nā cùm bonus iu ex boni viri officio partibúsque fungi debeat, quid aliud, obsecro, facere potest vbi cognouit & pronunciauit rem ad petitorem pertinere, quàm vt eam restitui iubeat? Idem enim & alius quisque vir bonus arbitraretur: quòd nemini liceat alienam rem nullo iure retinere præsertim domino inuito. Posteà verò quàm iussus reus rem restituere non vult parére, tum verò incipit contumax fieri, eáque contumacia iustam causam præbet condemnationi. Itaque arbitrium illud iudicis post rei adiudicationem loco iustæ obligationis est ad inducendam condemnationem, quæ alioqui proculdubio induci nulla posset. Ridiculè igitur interpretes & pragmatici arbitrium illud pro condemnatione habent, cùm dicere nequeant quo iure aduersus non obligatam ea sequi possit cōdemnatio. Nec subtiliores ii qui arbitrarias actiones ex eo arbitrarias dictas volunt, quòd in illis nō nisi arbitrio iudicis condemnatio infligatur. Nam imò verò quotquot sunt arbitrariæ actiones, propriam certámque habent necessariæ condemnationis irrogandæ rationem quæ non patiatur vt liceat iudici aliam pœnam, quàm quæ legibus constituta est irrogare. Exemplum esto in directa rei vindicatione. Nam si reus rem restituere iussus non pareat, nihil aliud hodie facere iudex potest, nisi vt vel manu militari possessionem rei adiudicatæ auferat possessori, transferatque in petitorem, si reus possideat, vel si dolo desierit possidere, condemnet eum quanti actor sine vlla exceptione iurauerit. Ea namque condemnationis forma expressim disertéque præscripta est in *d. l. qui restituere*. In actione hypothecaria si neque rei obligatę possessio tradatur, neque pecunia debita soluatur, nihil aliud facere iudex olim potuit, nisi vt possessorem condemnaret ad præstandam litis æstimationē, id est quanti creditoris interesset, *l. si inter 21. §. vlt. D. de pignor.* Hodie iusiurandum in litem

Digitized by Google

neceſſariò deferendum erit in eo caſu quem Tribonianus ſub Marciani nomine expreſſit in *dict. l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione. eod.* In actione quod metus cauſſa non poterat olim condemnatio alia eſſe quàm quadrupli, in actione de dolo eius quod actoris intereſſet. *dicta l. item ſi cum* 14. §. *quatenus & paſſim. De eo quod metus cauſſ. dicta l. arbitrio. in princip. De dolo.* Hodie in vtraque iurabitur in litem poſt corruptum à Triboniano Pauli reſponſum in *dicta l. arbitrio.* §. 1. Denique nullum in arbitrariis actionibus arbitrium iudicis verſatur quod ad infligendam condemnationem: ſed tantùm ad litem in eum ſtatum deducendam, vt ſi non parebitur ſequi poſſit condemnatio. Sed neque arbitrium illud quod præcedere debet condemnationem, ſic accipiendum eſt quaſi poſſit iudex pro arbitrio hoc aut illud iubere, ſed ita poſitis vt omnimodo cogatur iudex arbitrari, rem reſtitui debere, quoniam & alius vir bonus quilibet ſic arbitraretur. Fuit autem hic error non modò interpretum imperitiorum, ſed etiam Triboniani, ni fallor in *l. videamus* 4. §. *iurare D. de in lit. iurand.* vt probauimus *dicto cap.* 17. *lib.* 6. *Coniectur arum.* Ex quo loco & alia pleraque peti volumus quæ hîc tractari commodè poſſent. Sed iſta dixiſſe ſufficiat vt arbitrariarum actionum ius & natura intelligatur.

ERROR QVINTVS.

De actionibus arbitrariis hodie ſublatis.

NEMO ante nos dixit quod aduerſus interpretum, & pragmaticorum omnium errorem nos probandum nunc ſuſcipimus, arbitrarias actiones hodie omnes ſublatas eſſe: non eo quidem ſenſu quaſi vindicatio hypothecaria, actiones Quod metus cauſſa, De dolo, & ad exhibendum, aliæque huiuſmodi arbitrariæ in vſu ampliùs non ſint, ſed vt quæ olim arbitrariæ fuerunt, dici hodie arbitrariæ nullomodo poſſint. Moueor ex eo quòd actiones iſtas arbitrarias iuris noſtri autores non ex alio æſtimabant quàm ex arbitrio illo iudicis quod præcedere neceſſe erat vt ſequi poſſet condemnatio: propterea quòd arbitrium illud eſſet vice & loco iuſtæ obligationis, quam condemnationis cuiuſlibet matrem eſſe non malè quis dixerit. Condemnationi enim cauſſam præbebat contumacia poſſeſſoris rem reſtituere & arbitrio parère nolentis. Atqui hodie nulla in huiuſmodi actionibus fertur condemnatio. Extat enim Triboniani, & quod idem eſt, Iuſtiniani ſententia ſub Vlpiani nomine prodita in *l. qui reſtituere* 63. *D. de rei vindic.* Si is qui reſtituere iuſſus eſt non pareat iudici, manu militari auferendam ab eo poſſeſſionem, & in petitorem transferendam, nimirum cùm eam reus poſſidet, eiúſque reſtituendæ habet facultatem. Proinde cùm non poſſit hodie reus non parére arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis, quandoquidem manu militari executio fit, conſequens eſt vt irrogandæ condemnationi locus nullus relinquatur, quam illud vnum poſſet inducere ſi non arbitrio pareretur. Et verò poſtquàm petitori res ſua reſtituta eſt, ſiue manu militari, ſiue aliter executio facta ſit, quænam, obſecro, ſupereſſe poteſt ferenda condemnatio? Niſi fortè fructuum nomine, vt additum eſt in *d. l. qui reſtituere.* Ex eóque nimirum appareret quàm ſit alienum à iuris ratione, & conſequenter Triboniano potiùs

quàm

Digitized by Google

quàm Vlpiano adſcribendum quod ſcriptum eſt in *dict. l. qui reſtituere*, de poſſeſſione per manum militarem auferenda. Quid enim abſurdius quàm executionem fieri, adeóque manu militari, priùs quàm perueniatur ad condemnationem? Aut quid inciuilius quàm manum militarem adhibere, non dicam in executione iudicati quàm per apparitores, & magiſtratuum miniſtros fieri honeſtius & melius ſemper habitum eſt, ſed in eum qui nondum iudicatus ſit? Præſertim cùm aduerſus eum alia ratione non modò ciuiliore, ſed etiam actori commodiore peragi iudicium poſſit, ordine iuris non turbato. Seruata ſcilicet ea forma quam vetus iuriſprudentia induxerat, vt ſi arbitrio parére reus nollet, condemnaretur quanti actor in litem iuraſſet. Nam ſi nec Tribonianus ipſe negat, actori permittendum eſſe vt in litem iuret, & quidem ſine taxatione quoties reus dolo deſijt poſſidere, quia eo caſu cùm non habeat rei reſtituendæ facultatem fruſtra petitor manum imploret militarem. Quidni etiam iurabitur in litem aduerſus poſſeſſorem qui inuito domino rem alienam retinere velit? An dignus eſt cum quo mitiùs agatur qui rei quam poſſidet reſtitutionem dolo malo recuſat, quàm qui dolo malo deſijt poſſidere? An verò duriùs plectitur is à quo per manum militarem res auffertur, quàm qui in tantam quantitatem damnatur quanti actor ſine vlla taxatione iurauerit? Imò multò mitiùs, & conſequenter durior fit conditio prætoris ſi iuſiurandum in litem ſibi deferri quàm rem ſuam ſibi reſtitui malit. Et verò ſi ita iuris veteris ratio tuliſſet vt aduerſus iniuſtum alienæ rei poſſeſſorem executio per manum militarem fieri, ab eóque poſſeſſio in actorem transferri debuiſſet, nulla fuiſſet neceſſitas inducendæ delationis iuriſiurandi, niſi vno illo caſu quem Tribonianus intactum reliquit ſi poſſeſſor eam rem alienam dolo malo poſſidere deſiſſet, *dict. l. qui reſtituere*. Cóſtat enim nunquam niſi ex iuris neceſſitate in litem iurari: *l. vltim. D. de in lit. iurand.* Neceſſitas porrò nulla eſt cùm manu militari domino, qui in vindicatione obtinuit ſuccurri poteſt vt rei ſuæ poſſeſſionem nanciſcatur. Atqui certum eſt vel hanc vi am maximè ob cauſſam inductum fuiſſe à prudentibus iuſiurandum in litem, ne cui liceret alienam rem inuito domino retinere, *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *D. ſolut. matrim.* ac proinde eo potiſſimùm caſu quo rei poſſeſſio penes reum eſſet, non quo is dolo malo poſſidere deſijſſet. Quamquam enim eum quoque qui dolo malo poſſidere deſijt pro poſſeſſore habemus, quia dolus pro poſſeſſione eſt, præſertim ſi verus poſſeſſor ignoretur, nemo tamen dixerit rem alienam retineri ab eo qui dolo malo deſijt illam poſſidere. Retētio enim nulla eſſe poteſt, niſi vbi realis veráque, non ficta poſſeſſio eſt. In eo igitur elucebat vis & poteſtas actionis arbitrariæ: quòd ſi poſt adiudicationem dominij vel hypothecæ poſſeſſor rem reſtituere iuſſus non parebat, condemnatio ſequebatur quanti actor in litem iuraſſet: nulla alia parendi neceſſitate inuicta niſi metu futuræ eiuſmodi condemnationis, ad quam vſque liberum erat reo parére & effugere condemnationem. *L. item ſi cum* 14. §. *hac autem actio. D. de eo quòd met. cauſſ.* De manu militari adhibenda numquam prudentes tractabant ne quidem in exequendo iudicato, ac multò minùs contra non condemnatum. Eſt enim id ſanè alienum à publica honeſtate legúmque autoritate, *l.* 1. §. 2. *D. ſi ventr. nomin. mul. in poſſeſſ. miſs. l.* 1. *Cod. de offic milit. iudic.* Triboniani verò inſcitiam illud apertiùs detegit quòd in cæteris omnibus tam in perſonam quàm in rem

actionibus ex quibus quid non reſtituitur arbitrio iudicis, idem omnino iuris conſtitutum voluit quod in vindicatione, *dict. lege qui reſtituere*. Sic enim in fine legis ſcribit. *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta, ſiue actiones in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur locum habet*. Et tamen defendi ex iuris ratione nullomodo poteſt iurari in litem in interdictis, in quibus ſcilicet non de dominio agitur, ſed de ſola poſſeſſione, ſicut nec in actionibus *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo*, quæ arbitrariæ ſunt: vt in ſequentibus dicemus. Sed & idem Tribonianus in 6. ſi *fundus* 16. §. *in vindicatione. De pignor.* (nam & locus ille totus Triboniani eſt aut ſaltem à Triboniano corruptus, vt probauimus *ſup. cap.* 1.) ſui erroris immemor admittit, ſi poſſeſſor hypothecaria conuentus cùm poſſideat nolit reſtituere condemnari eum debere, nec de auocanda transferendáque per manum militarem ab eo poſſeſſione, verbum vllum. At neque de iure iurando in litem niſi vno illo caſu quo poſſeſſor non ſolùm dolo malo deſijt poſſidere, ſed etiam quod eſt abſurdius, ſumma ope niſus reſtituere, tamen non potuit: in quo euidenter deteriorem facit conditionem eius qui poſt amiſſam dolo malo poſſeſſionem, fecit quantum in ſe fuit vt eam recuperaret ac reſtitueret, quàm illius qui poſſeſſionem nunquam amiſit, eámque etiamnum retinet non ſolùm poſt hypothecæ adiudicationem, ſed etiam poſt arbitrium latum de ea poſſeſſione reſtituenda. Cùm ex contrario in omni parte iuris dolus poſſidentis & eius qui reſtituendæ rei habeat facultatem longè magis coercendus ſit. Nam nec aduerſus eum qui dolo malo poſſidere deſijt aliam ob cauſſam iurari ſolet quàm quia is pro poſſeſſore habeatur. Sed & in eo ſe ſui immemorem præſtat Tribonianus, quod cùm in directa dominij vindicatione tanti condemnari reum velit qui dolo deſiit poſſidere, quanti actor ſine vlla taxatione in litem iurauerit, *dict. lege qui reſtituere*. Idem tamen Tribonianus alio in loco, is eſt in *lege arbitrio* 18. *D. de dolo*, vult in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* iurari quidem in litem poſſe, ſed ita tamen vt non niſi ad certam vſque quantitatem à iudice taxandam. Ita fit vt peruerſa iuris ratione corruptíſque omnibus ferè iuris antiqui locis qui de in litem iurando tractabant, vix hodie certi quicquam in toto hoc tractatu habeamus: quod & ex alijs quæ ſubiiciemus clariùs intelligetur. Illud nunc concludimus, ſi vindicationis & arbitrariarum actionum omnium item ius eſt vt manu militari cogatur reus arbitrio parere, nec vlla ſequi debeat poſsitve condemnatio niſi fructuum nomine & acceſſionum, arbitrarias actiones hodie nullas eſſe: quia licèt arbitrium illud ſublatum non ſit, tamen non tam ex eo arbitrio æſtimantur & arbitrariæ appellantur, quàm quòd ſi arbitrio non pareatur, infligenda ſit condemnatio §. *præterea. Inſtit. de action.* Niſi quis dicat arbitrium illud hodie conuerſum eſſe transfuſúmque in condemnationem: Quod ſi ita eſt multò minùs igitur arbitrariæ dici peterunt ſublato arbitrij non ſolùm nomine ſed etiam iure. Sic enim comparatæ ſunt vt in ijs non minus neceſſe ſit arbitrium præcedere quàm ſequi condemnationem: neque fieri vllomodo poteſt vt eadem vox & pronuntiatio iudicis & arbitrij, & condemnationis iure cenſeatur, quando nec arbitrium neceſſarium eſt niſi ad inducendam condemnationem, nec condemnatio irroganda niſi ad coercendam eius contumaciam qui arbitrio

parere

Digitized by Google

parere cùm posset & deberet, sine caussa recusauit. De cæteris actionibus arbitrariis iam videamus.

ERROR SEXTVS.

De in litem iurando in actionibus De dolo, & Quod metus caussa.

SI verum est quod toties inculcauimus, iusiuran dum in litem nō alia de caussa deferri posse quàm ne quis inuitus & aduersarij dolo cōgatur re sua carere, eamque iusto pretio vendere, *l. si filiofamilias* 25. §. 1. *D. solut. matr. l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. tutor* 8. D. *de in lit. iur.* nisi cùm facti necessitas eò adigit iudicē vel inuitum vt iusiurandum deferre cogatur, quod euenit quoties sine delatione iurisiurandi æstimare non potest rem, quæ non extat *l. in actionibus* §. *plane. D. eod.* facilè perspicere & inferre quiuis potest, iurari ergo in actionibus *De dolo.* & de eo *quod metus caussa* non oportere. Neque enim dubium est quin ex venditione aut alia qualibet alienatione per vim aut metū, aut dolū exorta dominium transferatur, nec priùs vindicatio competat veteri domino quàm rescissa sit alienatio ex edicto *l. metum* 9. §. *licèt. & §. volenti* D. *de eo quod met. causs. l. si dolo* 5. *C. de rescind. vendit.* Proinde cùm is qui agit ex edicto *Quod met. caus.* aut *de dolo* non tam rem suā petat quàm alienam, nec necessitas vlla sit propter quā iurari in litem oporteat, apparet nullum ex iuris ratione aut æquitate in his actionibus iuri iurando locum esse. Habet enim edictum prætoris suas certásque pœnas & condemnationes in vtraque actione cōstitutas, scilicet vt qui vim vel metum intulit condemnetur in quadruplum *l. item si cùm* 14. §. 1. D. *quod met. causs.* qui verò dolum in omne id quod re vera interest actoris *l. arbitrio* 18. *in princip. & pass. D. de dolo.* Nec quod ad iusiurandū in litem pertinet, differentia vlla esse potest inter hanc & illam actionem. Vtraque enim actio arbitraria est. Vtraque in personam, tametsi actio quod metus caussa in rem scripta sit, actio de dolo nō item. Itaque cùm tot & tam multi in toto iure nostro sint loci qui de his actionibus tractant, nullibi tamen reperias iurisiurandi mentionem fieri, præterquàm in *dict. lege arbitrio* 18. §. 1. cùm tamen vel id maximè exprimi debuisset, adeóque verbis ipsis edicti si verè & ex iuris ratione dici potuisset. Neque sanè videre possum quomodo ea actio quæ ex prætoris edicto comparata est alias pœnas & condemnationes capere possit, quàm quæ edicto ipso sunt constitutæ: Neque rursum memini actionem vllam esse prætoriam in qua iuretur in litem, siue in rem sit, siue in personam, excepta fortassis Publiciana, quoniam illa ad exemplum vindicationis datur, & eo colore quasi actor dominium nactus sit & iam vsucapionem compleuerit, quam tamen re vera nondum compleuit: Vnde illud fit vt eadem omnia in publicana actione obtineant, quæ obtinent in directa rei vindicatione, quia ad proprietatem respicit non ad possessionem, *lege sed etsi res* 7. *alias, lege. cum qui* §. *publicana actio. & §. in publiciana D. de publician. in rem action.* Et verò dubitari, meo iudrcio, non potest, quin iusiurandum in litem auxilium sit iuris ciuilis ex necessitate comparatum aduersus eos quorum dolus non aliter aut meliùs vindicari posse videbatur: Cuius auxilij nulla

portò neceſſitas eſt iis caſibus quibus ex iuriſdictione prætoris alia ratione & tutiùs & commodiùs prouideri poſſe vſum eſt. An non enim ſatis plectitur is qui propter vim illatam aut metum ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis non pareat, in quadruplum condemnatur? Humaniter ſanè & clementer cum eo prætor agit, qui liberum illi eſſe vult vt ad ſententiam vſque poſſit pœnam euitare ſi arbitrio parére, remque cum omni cauſſa reſtituere malit *d.l.item ſi cum.* §. 1. Sed ſi pergat eſſe contumax in non reſtituendo, grauiſſima pœna eſt quadrupli, qua nec grauior vlla alia eſt in toto iure hue ciuili ſiue prætorio §. *omnes autem. Inſtit. de action.* Scio fuiſſe ex veteribus gloſſatoribus qui putarunt ſententiam edicti *Quod metus cauſſa*, hanc eſſe vt quadrupli quidem pœna irrogetur ei qui vim aut metum intulit ſi arbitrio parére nolit, ſed ita tamen vt ſimplum illud quod quadruplandum eſt, & ex cuius comparatione quadrupli rationem poni oportet, per actoris iuſiurandum in litem æſtimetur. Quam interpretationem ex recentioribus quoque vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, cùm meliùs nihil haberet quod diceret in ſuis ad eum titulum commentariis ſecutus eſt. Sed diſplicuit ea interpretatio *Accurſio*, *Bartolo* cæteriſque melioris notæ interpretibus, nec immeritò: cùm neque in edicto, neque in edicti interpretatione mentio vlla facta ſit huiuſmodi iuriiurandi. Imò ex contrario ſcriptum eſt in *dict. leg. item ſi cum. §. quadruplatur*, quadruplari quanti res eſt cum fructibus & omni cauſſa, id eſt omne id quod ex arbitrio iudicis reſtitui oportuit. Non igitur quanti actor in litem iurauerit, ſed quanti re vera ipſius interfuerit. Nam præter id quòd ſunt iſta non modò diuerſa, ſed etiam pugnantia, condemnari reum quanti actoris interſit, & condemnari quanti actor in litem iurauerit, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindicat. dict. lege, tutor 8. de in lit. iurand. leg. ſemper 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Nemo vnquam dixit, in hac actione *quod metus cauſſa* iudicis arbitrio contineri debere vt qui conuenitur iubeatur reſtituere quanti actor ſua intereſſe in litem iurauerit. Solet enim iuſiurandum in litem ex eo potiſſimùm induci, quòd arbitrio iudicis non pareatur. Atqui idipſum quadruplandum eſt, quod ex arbitrio reſtitui debuit. Ergo neque in ſimplo, neque in quadruplo conſtituendo iurari in litem poteſt, præſertim cùm fructuũ quoque & totius cauſſæ æſtimatio quadrupletur, quo nomine iuſiurandum deferri prorſus inauditum eſt. Neque tamen felicior *Bartolus*, & qui *Bartolum* ſecuti ſunt interpretes cæteri, exiſtimantes in actoris electione eſſe debere an aduerſus eũ qui vim aut metũ intulit iurare in litẽ velit, an quandrupli pœnã potiùs perſequi. Nã cùm actio *quod metus cauſſa* tota ſit prætoria, nec niſi ex edicto competat, quî fieri obſecro poteſt, vt aduerſus edicti formã detur? Aut quis vnquã audiit iurari vllo caſu in litẽ poſſe, cùm actori abundè cõmodéque conſuli aliter poteſt? Aut denique cur non liberabitur is qui vim fecit, aut metum ſi eã pœnã præſtare paratus ſit quæ edicto conſtituta eſt, id eſt quadruplũ? Idem ferè in actione *de dolo* tractari poteſt. Nam vt iam diximus ex edicto quoque *De dolo* certa pœna conſtituta eſt aduerſus dolo-ſum non parentem arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis. Nimirum vt quanti ea res eſt, id eſt quanti actoris re vera intereſt, condemnetur: *dict. lege arbitrio. in princip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quando talis caſus contingat in quo non poſſit arbitrio locus eſſe, vt puta ſi certum ſit rem reſtitui

ampliùs

Digitized by Google

ampliùs non posse, fortè quòd extare desierit, rectà peruenirì possit ad eam condemnationem *d.l.arbitrio §. non tamen.* Ex quibus apparet non posse iureconsulto tribui quod in *d.l.arbitrio* scriptum est in hæc verba, *Ideo autem hîc & in metus causſa actione certa quantitas non adijcitur, vt possit per contumaciã ſuam tantireus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari.* Nihil enim dici potuit aut falsius aut ineptius: Cùm in actione quod metus causſà quantitas certa adiecta sit, quadrupli scilicet vt probauimus, quæ proinde nullum delationi iuriiiurandi locum relinquit. In actione autem de dolo etsi certa quantitas adiecta non sit, non tamen ideò id fit vt liberum sit iudici deferre iuſiurandum, ſed quia eius quod re vera interest quantitas semper est incerta, quandoquidem quatenus cuiusque interſit, in facto non in iure consistit. *l. quatenus* 24. *de regul. iur.* Neque enim æquum visum est tam grauiter puniri eum qui nihil nisi dolum admisit, quàm eum, qui vim quoque aut metum intulit: cùm vis non possit esse sine dolo, & sit pluſquàm dolus, *l.* 1. *D. quod met. cauſſ.* Est igitur Triboniani tota illa clauſula, quæ huic tã craſſo errori cauſſam ſola dedit. Est enim merum Triboniani inuentum & commentum illud vt in actionibus omnibus arbitratijs siue in rem siue in personam sint, iuretur in litem, *l. qui reſtituere* 63. *D. de rei vindicat.* quod à nobis iã satis ſupérque in ſuperioribus cõprobatum est. Sed in eo tamen sui immemor Tribonianus fuit, quod in *d.l. arbitrio* scripsit in vtraque actione De eo quod metus causſà, & De dolo refrænandum esse, vt ille loquitur, iuſiurandum taxatione officio iudicis. Nam in *d.l. qui reſtituere* idem Tribonianus magis probat vt tanti reus condemnetur quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Et quamuis lex illa sit de directa rei vindicatione, sequitur tamen in eadem lege, ſententiam illius legis generalem esse ad omnes actiones, siue in rem, siue in personam sint, ex quibus non restituitur id quod arbitrio iudicis restitui videtur. Itaque vel falsum est quod ait ea lex, vel quod Tribonianus in *dict. l. arbitrio* iuſiurandum in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* officio iudicis refrænandum esset per taxationem. Nec sanè verum puto taxationem iuriiiurandi vllo casu fieri à iudice debere, præterquàm in ſpecie, *l. ſi quando* 9. *Cod. vnde vi*, vt in sequentibus dicemus. Atqui, inquies, Triboniani errores hi omnes sunt quos tota hac Decade & superiore refutauimus, non interpretum aut pragmaticorum. Ego verò Tribonianum pro interprete habeo & quidem satis malo & impetito, non pro iuris autore: Neque tamen interpretes alios excuſo, qui ſi omnia, vt par erat, ex iuris ratione æstimare didicissent, facillimè, vt à nobis factum est, Triboniani inſcitiam & audaciam detexissent. Sed & in eo videtur mihi parum sibi constare Tribonianus, quod in *dict. l. arbitrio* vult indistinctè iurari in litem in actionibus *Quod metus cauſſa*, *& de dolo*: id est non adhibita ea distinctione, an ipsius rei restituendæ facultatem reus habeat, nécne. Quæ tamen distinctio prorsus necessaria est ſi in cæteris omnibus arbitratijs actionibus idem iuris est quod in vindicatione, vt ait *dict. l. qui reſtituere.* Nam qui restituere iussus iudici non paret ſi habeat possessionem & restituendæ rei facultatem, cogendus est manu militari vt eam possessionem à se auocari & in aduersarium transferri patiatur ſi Triboniano credimus in *dict. l. qui reſtituere.* Quidni enim idem obtinebit in actione quod metus causſà, quæ & concurrere po-

teſt cum vtili in rem actione *dict. l. metum. §. licet. & §. volenti D. quod met. cauſ.* Sed cùm neque in tit. *Quod met. cauſſ.* neque alio vllo iuris loco ſcriptum reperiamus tam inciuiliter agi cum eo qui vim aut metum intulit, vt per manum militarem poſſeſſio ei auferatur, vel ex eo maximè intelligimus nullo caſu eam extorquendæ poſſeſſionis rationem prudentibus placuiſſe. Nam ſi quando manus illa militaris permittenda eſſet cùm certè id obtineret cùm aduerſus violentum doloſúmque poſſeſſorem ageret, cuius cauſſam vtique nemo negauerit odioſiorem eſſe quàm eius qui bona fide iuſtóque titulo poſſeſſionem rei alienæ nactus directa rei vindicatione conuenitur. Qui plura hac de re ſcire voler, legat quæ ſcripſimus *lib. 16. cap. 18.*

ERROR SEPTIMVS.

De in litem iurando in interdictis.

PRODERVNT quæ proximo capite diſputauimus, vt facilè quiuis poſſit intelligere, fieri nullomodo poſſe ex iuris ratione vt in interdictis vllo caſu in litem iuretur. Primùm quia interdicta omnia ſunt ex edicto & iuriſdictione prętoris comparata, ac proinde ex ipſis edicti verbis apparet in quam rẽ cõpetant, & quid venire debeat in condemnationem. Vt plurimùm autem ſolet prætor interdictorum formulas ſic concipere, vt condemnatio fiat quanti res eſt, id eſt in id quod intereſt actoris vt ex interdictorum omnium inſpectione & enumeratione comprobari poteſt. At de iureiurando in litem deferendo nulla edicti prætorij parte cautum eſt, multò minùs verò in ea quæ pertinet ad interdicta. Cur ergo aut quo iure licebit iudici de interdicti iure cognoſcenti deferre iuſiurandum, & ab ea condemnatione irroganda diſcedere, quæ edicti verbis certa iuſtáque conſtituta eſt? Illud enim pro certo & explorato ſemper habendum eſt quod toties monuimus, Iuſiurandum in litem auxilium eſſe iuris ciuilis, eo demum caſu inducendum quo alia ratione proſpici non poſſit actoris indemnitati, *l. vltim. D. de in lit. iur.* Nam & inde fit vt neque in legis Aquiliæ actione, tametſi dolo malo occiſus ſeruus proponatur, neque in alia vlla ciuili actione quæ ſuam certámque pœnam habeat in litem vnquam iuretur. Alia ratio eſt propter quam in interdictis iurari numquam oportet, quia numquam in interdictis de proprietate diſputatur, ſed ſemper de poſſeſſione. Sunt enim omnia interdicta aut adipiſcendæ aut retinendæ, aut recuperandæ poſſeſſionis: Et cùm dicimus tanti reum condemnari quanti res eſt in interdicto, non ad proprietatis & dominij, ſed ad ſolius poſſeſſionis æſtimationem reſpicimus, vt contra Seruium Vlpianus iam olim diſputauit in *l. 3. §. vltim. D. vti poſſid.* Hoc nimirum ſenſu vt tanti condemnetur reus quanti intereſt actoris poſſidere, quemadmodum Paulus loquitur in *l. in interdicto 6. D. vnd vi.* licèt vt ibidem Paulus ſubijcit, euenire facilè poſſit vt pluris intereſt actoris quàm quanti ipſa rei proprietas eſt. Vt puta ſi quæſtionis habendæ aut rei probandæ, aut hereditа-

ditatis gratia interſit actoris ſeruum à ſe poſſideri. Atqui iam ſæpius illud quoque diximus iuriſiurandi in litem deferendi potiſſimam cauſſam vel hanc vnam eſſe ne dominus inuitus re ſua carere eamque iuſto pretio vendere compellatur, *leg. tutor* 8. *D. de in lit. iurand. l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *D. ſolut. matr. l. non enim* 9. *D. de rer. amot.* quæ ratio non poteſt locum habere cùm non de domino quæritur, ſed de poſſeſſione. Nihil ergo cauſſæ eſt, cur ei qui interdicto experitur, iuſiurandum in litem deferri debeat, cùm ſi ſit dominus, nihilomagis prohibendus ſit vindicationem exercere quòd interdicto priùs egerit, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione, vt in hunc ipſum ſenſum ab Vlpiano ſcriptum eſt in *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. D. de acquir. poſſeſſ.* Satisque actori in eo conſultum eſt quod ſi interdicto vincat, tantum conſequatur, quanti ſua intereſt. Ea verò ſi quo caſu ex cauſſa interdicti iurari in litem poſſet, iuraretur maximè in interdicto *vnde vi*. Eſt enim illud omnium plenisſimum, habetque vberrimas præſtationes, quia nec vllius poſſeſſionis fauor tantus eſt, quantus recuperandæ illius, quæ per vim aduerſarij extorta eſt, vt ex eo conijci poteſt quod tandem hoc caſu factum eſt ex Zenonis conſtitutione in *l. ſi quando S. C. vnde vi*, vt in litem iurari poſſit. At toto Pandectarum iure nulli vnquam ex prudentibus in mentem venerat vt diceret iurari in hoc interdicto debere, ſed placuit omnibus edictum prætoris, quo datur actio quanti res eſt, id eſt quanti actoris intereſt, habere poſſeſſionem de qua conteritur, *l. 1. dict. l. in interdicto* 6. *& paſſ. D. vnde vi*. Neque igitur credendum eſt admiſiſſe eos vt in alio vllo interdicto iuraretur. Et tamen in omnibus iurari poſſe vulgò ab interpretibus & pragmaticis creditum eſt, hac vna ratione quod in interdicto, *Quod vi aut clam*, ita ipſum diſertè ſcriptum reperiatur in *l. ſemper* 5. §. *ſed quod interfuit. D. quod vi aut clam. Sed quod interfuit*, inquit lex, *aut per iuſiurandum in litem quod actor iurauerit, aut ſi iurare non poſſit iudicis officio æſtimandum eſt*. Cur enim in eo interdicto magis quam in interdicto, *vnde vi*, aut in alio quolibet iuraretur? Nec ſanè mala ratiocinatio eſt, ſed quæ meo iudicio concludere potiùs debeat, Non poſſe igitur verum eſſe quod volunt, in interdicto *Quod vi aut clam* iurari, quia nec in cæteris vnquam iurari poteſt extra caſum Zenonianæ conſtitutionis. Quid ergo ad verba illa quæ proximè retulimus, reſpondebimus? Hoc vnum, meo iudicio, Triboniani eſſe non Vlpiani. Quis enim Iuriſconſultorum ſic vnquam locutus eſt: *Iuſiurandum quod in litem actor iurauerit*. Aut quis vnquam dixit iudicem æſtimare debere quod actoris intereſt per ipſius actoris iuſiurandum in litem ſi actor iurare poſſit, aut ſi iurare nequeat, officio iudicis eam æſtimationem fieri debere? Quid enim tam à iuris ratione alienum quàm per iuſiurandum in litem fieri æſtimationem quæ officio iudicis ſine delatione iuriſiurandi æquè commodè fieri poſſit? Imò verò ſic prudentes conſtituere ſolent, vt æſtimatio quæ per iudicem fieri poteſt nihil quam fiat per iuſiurandum actoris, ſedita demùm ſi iudex ipſe eam inter æſtimare non poſſit, vt cùm agitur de ſpecie debita poſt litis & ante litis conteſtationem peremptæ, vt in *lege in actionibus, quinta*, §. *plane de in lit. iurand.* Atqui idem Vlpianus in *eadem leg. ſemper*. §. *hoc interdicto* qui proximè præcedit, dixerat, in interdicto *Quod vi aut clam* tanti litem æſtimandam eſſe quanti intereſt actoris id opus factum non eſſe, & iudicis officio ita fieri reſtitutionem oportere, vt

in omnibus eadem conditio ſit actoris,quæ eſſet futura ſi id opus, de quo actum eſt,neque vi,neque clam factum eſſet,quibus verbis an non apertè iurisiurandi in litem deferendi poteſtas excluditur?Cùm enim iuratur, fieri certè nequit quin ex iurantis adfectione pluris res æſtimetur,quàm re vera ſit *l.1.D.de in lit.iur.*quia neceſſariò indulgendum aliquid eſt adfectioni iurantis,de cuius periurio nec facilè quæri ſolet,*l.vlt.eod.*Quid enim prodeſſet iurare in litem ſi nullomodo adfectioni indulgeretur, tũ etiam cùm neque dolus,neque cõtumacia vlla eſt quæ venire poſſit in æſtimationem?Enimuerò Prætor cùm interdicit de opere quod vi aut clam factum eſt reſtituendo,id tantùm agit vt nullo damno afficiatur is contra quem opus vi aut clam factum eſt,non etiam vt ex eo opere lucrum & commodum aliquid conſequatur:Alioqui non ad id quod actoris intereſſet,daretur interdictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet quod numquam fit. Sed cùm ita Tribonianus ſcriberet,ac elegantem veramque Vlpiani ſententiam etiam corrumperet, meminerat præclaræ,ſi diis placet,illius ſententiæ, quam ſub eiuſdem Vlpiani nomine intruſerat in *l.qui reſtituere 63.de rei vindicat.* vbi ſcriptum eſt in interdictis omnibus,ex quibus non reſtituitur id quod reſtitui iubetur perinde ac in vindicatione iurari in litem oportere: quaſi verò nihil hac parte interſit an vindicatione quis experiatur,an interdicto, & an de proprietate, an de poſſeſſione.Quod tamen etiamſi ita eſſet, facere deberet vt aliud iuris in interdicto Quod vi aut clam cõſtituendum eſſet,quàm quod in *d.§.ſed quod interfuit*,conſtituatur.Permittendum namque eſſet actori vt manu militari operis per vim aut clam facti reſtitutionem vrgeret, ſi per rerum naturam fieri id poſſet, quia & in vindicatione idem ſeruatur, cùm poſſeſſor habet rei reſtituendæ facultatem,*d.l.qui reſtituere.*Sed & diſtinguendum eſſet,ſi opus in priſtinum ſtatum non reſtitueretur, an id eueniret dolo malo eius qui opus vi aut clam feciſſet,an ſine dolo,nec aliter contra eum in litem iurari oportere quàm ſi dolo malo feciſſet, ne in priſtinum & integrum ſtatum omnia poſſent reſtitui,quoniam & in vindicatione eadem diſtinctio à Triboniano adhibetur in *d.l.qui reſtituere.*Sed & illud exprimere Tribonianus debuerat,An iuſiurandum illud quod in eo interdicto vult poſſe deferri, taxatione aliqua refrænandum ſit, vt idem Tribonianus loquitur in *l.arbitrio 18.in princip.D.de dolo*,an verò tanti condemnandus ſit reus qui opus vi aut clam fecit quanti actor ſua intereſſe ſine vlla taxatione iurauerit, vt in *d.l.qui reſtituere.*Neque enim ſciri poteſt vtrum probabilius Triboniano fuerit,qui nec hoc,nec illud exprimere potuit quin ſecum pugnaret: adeò verum eſt quod vulgò dici ſolet, mendacem memorem eſſe oportere.Cætera quæ ad totam hanc quæſtionem pertinent,petenda erunt ex iis quę fuſiùs ſcripſimus *lib.16.Coniect.cap.vlt.*

ERROR OCTAVVS,

De iureiurando Zenoniano.

IVISVRANDVM Zenonianum voco quod toti iuriſprudẽtiæ veteri incognitum à Zenone primùm introductum eſt in *l.ſi quando 9.C.vnde vi.* Cui tum demum locus eſt cùm quis per vim inua-

ſit poſ-

sit possessionem fundi, in quo plures res fuerint, quarum nō modò æstimatio sed etiam quantitas ignoretur, ita vt aliter quàm per iusiurandum probari nullo modo possit. Sic enim ferunt verba constitutionis: Hoc certè sensu sunt accipienda. Nam si appareat quid & quantum fuerit subtractum, ratio nulla est propter quam actori permittendū sit, vt in litem iuret, cùm ex verbis edicti agens interdicto *vnde vi* consequi possit quanti sua interest ratione possessionis, in quo fieri potest vt plus etiam quàm quanti re vera res est contineatur *l. in interdicto 6. D. vnde vi.* Nec difficilis huius æstimationis ineundæ ratio est non solùm si res extent quæ subtractæ fuerunt, sed etsi extare desierint, quo tamen casu fieri nequit vt competat interd. ctum, quippe quod non competit nisi ratione possessionis, quæ porrò re peremptæ nec amplius extantis nulla esse potest. Cùm verò res extāt quæ subtractæ sunt licèt earum restitutio per dolum & contumaciam violenti inuasoris recusetur, nulla tamen iurandi necessitas est cùm æstimari commodè possint sine delatione iusiurandi. Debétque sibi actor imputare cur de dominio non agat proposita rei vindicatione, aut præparatoria actione ad exhibendum, in quo actionum genere vtique iurare posset, ne alioqui re sua carere, eamque iusto pretio vēdere cogeretur. *l. in actionibus 5. l. tutor 8. de in lit. iur. l. non enim 9. D. rer. amot. l. si filiofamilias 25. §. 1. D. solut. matr.* At cùm nescitur quantitas rerum subtractarum frustrà quæratur de iis aut iureiurando actoris, aut iudicis officio æstimandis, quin priùs de ea quantitate cognitum, certumque aliquid cōstitutum sit. In eóque nimirum Zenonis constitutio nouum ius fecit, sic enim vetus proculdubio comparatum erat, vt actorē liter quàm proprio iureiurando eam quantitatem probare oporteret, alioqui condemnaretur deficiente scilicet non tam iure quàm probatione. Competebat quidem interdictum inuasis ædibus etiam earum rerum nomine quæ in ædibus tunc fuissent, licèt non nisi pro rebus immobilibus dari soleret, *l. 1. §. illud vtique. D. de vi & vi armat.* sed ita tamen vt quærtam & quales eę res essent probari ante omnia oporteret. Zeno primus fuit qui, nec iniquè, durum putauit exigere reum ab actore probationes quarum habendarum facultatem ipse facto sup actori præripuisset. Itaque constituit vt ea quantitas per actoris iusiurandum probari posset, nimirum si alia eius probandæ ratio nulla superesset. Vt non malè iusiurandum hoc, si quod vnquam aliud, necessitatis dici debeat potiùs quàm veritatis vt interpretes appellant. Quamquam enim non alia mente defertur, quàm vt sciri possit quid reuera subtractum sit, attamen vt suprà monuimus fieri numquam potest, vt in litem iuretur, quin iurantis adfectioni aliquomodò indulgeatur, tum maximè cùm de periurio queri nullomodo potest in mera probandæ veritatis impossibilitate. Quoties autem actori permittitur vt iuret de vera rerum subtractarum quantitate, illud etiā ei permitti necesse est vt iuret de ipsarum æstimatione. Quis enim alius æstimare possit rem quę non extat? *d. l. in actionibus. §. planè de in lit. iur.* Cęterùm si apparere aliunde possit quid & quantum subtractum fuerit, nō est ferendum vt de sola æstimatione actori iurare concedatur, nec sanè ad hunc casum Zenoniana constitutio pertinet. Quemadmodū neque sola illa probandę quantitatis impossibilitas sufficeret ad inducēdum iusiurādum si cum alio quàm cum violento inuasore ageretur. Nititur enim illa constitutio potissimum odio violenti inuasoris. Omnia igitur ista concurrere necesse est vt nouę constitutioni locus fiat, primùm vt cōtra violentum possessorem agatur. Deinde

vt rerum subtractarum quantitas ignoretur. Tertiò, quod est consequens, vt sine delatione iurisiurandi eas res iudex æstimare non possit. Denique huc vnus in toto iure nostro casus est in quo iuratur in litem non solùm de æstimatione, sed etiam de existentia, vt ita dicam, rei æstimandæ. In quo quia maximum periculum versatur tam ex parte actoris ne oblata propter probationum impossibilitatem iurandi occasione abutatur ad peierandum, quàm ex parte possessoris, ne ex peiurio aduersarij de quo non facilè postea quæri possit, maximo damno & incommodo afficiatur, æquissimè & prudentissimè prouisum est à Zenone vt hoc casu ante delationem iurisiurandi certam quantitatem taxare iudex debeat ad quam vsque & intra quam iuretur, ita vt neque actor supra eam quantitatem iurare, neque iudex de ea quantitate quæ in iusiurandum deducta est, quicquã detrahere possit. Quod in cæteris omnibus causis diuersum sanè est in quibus iurare in infinitum licet, ac sine vlla taxatione, quemadmodum sequenti capite ostendemus. Sicut autem hoc genus iurisiurandi in litem hac parte differt à cæteris, ita & in eo quod necesse est vt condemnationem præcedat, quia & omnino necesse est sciri quid illud sit de quo disputatur priùs quàm ad condemnationem perueniatur, aliter autem quàm per iusiurandum id sciri, vt diximus, non potest. At iusiurandum quod de sola æstimatione præstatur, necesse est vt sequatur condemnationem. Tanti enim reus condemnari solet quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, quandoquidem nec iurare actor potest, nisi iudice deferente, nec iudex deferre quin hoc ipso condemnet. Proinde cùm in litem iuratur nihil nisi condemnationis executio illa est ac veluti quædam taxatio, vt loquitur *l. si traditi 4. Cod. de action. emp.* Hæc verò omnia vulgò interpretes nostri & pragmatici malè explicant, iusiurandum hoc Zenonianum appellantes iusiurandum veritatis, quasi nihil distet ab eo de quo tractatur in *l. 3 & in d. §. planè. l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* aut quasi Zenonis constitutio mera veráque iuris ratione nitatur, nec contineat ius nouum odio violenti inuasoris extremáque probationum inopia, magis quàm vllo iuris colore inductum.

ERROR NONVS.

De iureiurando in litem à iudice ante vel posteà quàm præstitum est, taxando.

SOLENT iudices quoties iusiurandum in litem deferunt taxare certam quantitatem intra quam iuretur, & quam excedere is qui iurat nullomodo possit, ne aliàs eueniat, inquiũt vt in infinitum immensumque iuretur. Ex *l. in actionibus 5. §. 1. & l. præced. §. iurare D. de in lit. iur. l. arbitrio 18. D. de dolo*, quibus locis hoc ipsum apertè scriptum est in arbitrio iudicis esse vt iusiurandum in litem taxet siue antè siue posteà quàm iuratum est, quia & ab initio, inquit lex, in iudicis arbitrio fuit an iusiurandum deferret necne. Ego verò sententiam hanc duram & à iuris ratione quàm maximè alienam esse semper existimaui. Video enim scriptum esse ab Vlpiano *in dict. §. iurare*, in litem iurare licere in infinitum; quod quid aliud est, obsecro, nisi quod volo iurari

iurari posse sine vlla præfinitione & taxatione? Idque apertius etiam scriptū est in *l. qui restituere 63. D de rei vindicat.* in illis verbis *tanti reus condemnandus est quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit*, sine verba illa Tribo-niani esse velis, cuius totam legem esse nos in superioribus probauimus, siue Vlpiani, vt ex legis inscriptione decepti interpretes vulgò arbitrantur. Nam quod idem interpretes distinguunt duplicem taxationem, vnam quæ fiat a lege, aliam quæ à iudice, vt legem illam cum aliis concilient quæ alioquin obstaret, ego sanè cuiusmodi sit non facilè possum intelligere: nullum enim exemplum proferre possint taxationis iurisiurandi quæ fiat per legem, & ea verba quæ retulimus, non nisi de iudiciali taxatione intelligenda esse ex eo apparet, quod non ita simpliciter scriptum est permittendum esse domino qui in vindicationis iudicio obtinuit, vt iuret in infinitum, sed tanti condemnandum esse reum quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Ita enim fit, vt sicut iusiurandum, ita & cōdemnatio nullam habeat taxationem, nisi eam quæ ab ipso iurante facta sit. Alioqui secum ipse pugnaret iudex, suamque conuelleret sententiam si condemnato iam reo quanti actor sine vlla taxatione in litem iurauerit, taxationem post iusiurandum interpositum aliquam adhiberet. Neque rursus possis dicere tractari eo loco de rei vindicatione. In aliis autem locis de cæteris actionibus arbitrariis, quarum hac parte dissimilis minusque fauorabilis causa videri fortasse potest. Nam præter id quod dissimilitudinis ratio nulla probabilis reddi queat cùm rei vindicatio sit actio arbitraria. Obstat etiam huic interpretationi quod in eadem ipsa *l. qui restituere* apertissimis verbis expressum est legislatorem illius sententiam generalē esse ad omnes actiones siue in rem, siue in personam sint, adeóque ad interdicta omnia ex quibus arbitratu iudicis non restituitur, quod restitui iubetur. Sicut & è contrario quod in *d. §. iurare* & in *d. l. in actionibus* scriptum est de iureiurando à iudice taxando siue antè siue posteà quàm iuratum sit, generale est ad actiones omnes præsertim arbitrarias, inter quas vindicationem esse, vt dixi, nemo ambigit. Aut igitur prudentes ipsi hac in quæstione inuicem dissenserunt, adeóque quod est improbabilius, secum ipse Vlpianus, cuius sunt duo illi loci *d. l. qui restituere* & *d. §. iurare*, aut quod magis puto, sui immemor Tribonianus fuit, qui vetera illa ferè omnia iura quæ extabant de iureiurando in litem pro arbitrio corrupit. Nam si veram rectámque iuris rationem spectes, fieri nullomodo potest vt iudex probam iustámque taxationem adhibeat, siue de eo iureiurando tractes, de quo Marcianus in *d. l. in actionibus §. plane.* cui tum demum locus est, cùm sine delatione iurisiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non extat, siue de eo quod non aliam ob causam defertur quàm vt aduersarii dolus supra verum rei pretium æstimetur. Nam priore casu, quo prorsus impossibile est, vt per iudicem æstimetur res quæ perempta est post moram & ante litem contestatam, quid, rogo, est quod iudex taxare possit? An non ea æstimationis taxatio æstimatio esset? Atqui si qua ratione fieri posset vt iudex sine delatione iurisiurandi eam rem peremptam æstimaret, iusiurandum proculdubio deferendum non esset, quia nec nisi ex mera facti necessitate defertur contra iuris communis regulas, quæ non patiuntur vt in iudiciis strictis in litem iuretur, maxime aduersus eum qui in dolo non est, licèt in mora & culpa sit quando nec in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur nisi ob dolum *dict. l. in actionibus.* Posteriore verò casu, id est cum iuris

ratio & æquitas facit vt ad coercendum, æstimandumque aduersarij dolum adfectioni iurantis indulgeri oporteat, an non fiat iniuria actori qui per dolum possessoris ré sua inuitus carere cogitur, si rem suam pro arbitrio æstimare prohibeatur? Aut quis admittat cogi quem dolo aduersarij vt rem suam vendat eo pretio quod à iudice fuerit constitutum? Imò verò si hoc admitteremus, vt liceret iudici quantitatem certam præscribere quam in re sua æstimanda prætergredi actor iurando non posset, dicendum esset nec ei permissum iri iusiurandum in litem deferre, quia nec iusiurandum hoc aliter deferri potest quàm ex necessitate iuris, id est cùm iuris rationi aut æquitati aliter satisfieri nullomodo potest. At non esset difficilius iudici ab initio rem æstimare sine delatione iurisiurandi, quàm præscribere & taxare quantitatem ad quam vsque iuretur, cùm, vt iam dixi, ea æstimationis taxatio nihil aliud quàm æstimatio sit. Et verò vsu quotidiano compertum est, quoties à iudice certa quantitas præscribitur iuranti, solere actorem eam ipsam quantitatem in iusiurandum deducere, quæ à iudice præscripta est, non minorem quia non vult, nec maiorem quia nec potest. Vt proinde si effectum inspicias dici verè possit non tam ab actore iurante quàm à iudice fieri æstimationē. An ergo, inquies, actori cui iusiurādū deferēdū est, permittēdū etiā erit vt inde peierādi arrepta occasione in immēsum iuret? Atque hoc sanè est quod fefellit Tribonianū existimāté nihil referre an cui permittatur iurare in infinitū, an in immēsū. Quod nō ita est. Cùm.n. dicimus permittendū actori cui iusiurādū in litē à iudice delatū est, vt iuret in infinitū, nihil aliud significamus, nisi licere ei vt iuret sine vlla præfinitione & taxatione, nō illud etiā vt iuret in immēsum. vt in *l. si cui 9. D. de seruit.* in infinito, id est per quālibet fundi partē. Etsi.n. verū est quod ait *lex vltim. de in lit. iurand.* de periurio eius qui ex iuris necessitate iurauit nō facilè quæri solere, hoc ipso tamē intelligimus de periurio quæri interdū posse ex magna causa, quę porrò alia esse nulla potest quàm si in immēsum iuretur, vtputa si quis rem viginti dignam mille aureis æstimare velit. Itaque præter id quod iurisiurandi contempta religio satis Deum vltorem habet, *l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* potest etiam immodica iurantis adfectio coerceri, ne in immensum peierandi licentiam sibi arroget, sciens futurum vt de periurio quæstionem patiatur, si tam euidenter & impudenter peieret. Quæ me res magis mouet, vt existimem iusiurandum sine taxatione vlla deferri à iudice oportere. Nam si in iudicis arbitrio & potestate esset quantitatem taxare intra quam iuraretur, siue ante, siue post præstitum iusiurandum, non facilè dici posset quonam demum casu de periurio quęri oporteret. Facta siquidem taxatione per iudicem non posset videri peieraſſe qui ad permissam vsque quantitatem iurasset, nulla autem facta taxatione imputari potius iudici posset, cur quantitatem non taxasset, ne qua aut peierandi aut de periurio quærendi occasio relinqueretur. Illa verò Triboniani ratio longè insulsior est qua probat iudici licere taxationem iurisiurando iniicere, quòd, inquit, in iudicis arbitrio fuerit ab initio, vt iusiurandum deferret aut non deferret. Nam si verum est, vt est, quòd toties diximus, numquam nisi ex iuris necessitate deferri iusiurandum debere, id est cùm pœna alia nulla est quam iudex irrogare possit, vt actori satisfiat, protsus consequens fit vt quibus casibus in litem iurari potest, necesse habeat iudex deferre iusiurandum, aut nullam omnino infligere condemnationem. Decepit Tribonianum

quod

quod existimauit in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, in quibus iurari solet condemnationem in arbitrio iudicis positam esse: quod falsissimum est. Nam nec arbitrariæ ob id dicuntur, quòd ex arbitrio iudicis pendeat condemnatio, sed quia iudicis arbitrium præcedere necesse sit de re restituenda vt si non paretur, sequi possit condemnatio. Nec rursus arbitrium illud quod præcedere oportet, eo sensu arbitrium dicitur quasi in iudicis potestate & electione sit vt hoc vel illud arbitretur (cogitur enim id omnimodo arbitrari quod vir quilibet bonus arbitraretur) sed quia in eo actionum genere nulla præcedente obligatione ex qua possit sequi condemnatio, non potest ea iudicis pronunciatio de re exhibenda vel restituenda sententiæ nomen habere, nec aliud vllum elegantius quàm arbitrij, vt pluribus à nobis suprà tractatum est *cap.* 4. & 5. Videtur etiã deceptus Tribonianus ex illa Zenonis constitutione, de qua proximè diximus in *l. si quãdo* 9. *C. vnde vi*, qua primùm inductum est vt iudex debeat certam quantitatem præstituere & definire intra quam permittendum sit ei qui vim passus est iurare aduersus violentum inuasorem. Sed obseruare debuit aliam rationem esse illius iurisiurandi quod nos Zenonianum appellamus, aliam eius quod in actionibus bonæ fidei & arbitrariis iure ciuili locum habet, quia Zenoni placuit permittendum esse ei qui rerum suarum iacturam per vim passus est vt iuret non solùm de æstimatione, sed quod magis est de quantitate rerum subtractarum. In quo iurisiurandi genere quia periculosissimum est, & vel sola ipsa peierandi facilitate odiosum, bene à Zenone prouisum est, vt non aliter iudici liceat iusiurandum illud deferre, quàm si ab initio taxet quantitatem quam excedere actor non possit, ne oblata periurij quod detegi non possit impunitas, facilè alioqui pelliciat actorem ad peierandum: quod in cæteris casibus non similiter dici potest, in quibus scilicet non de incertorum corporum substantia & quantitate iuratur, sed de sola æstimatione: De qua si in immensum iuratum sit, facillimè periurium detegi, ac subinde de periurio quæri possit. Denique liberum fuit Zenoni nouum iurisiurandi genus inducenti qualem voluit legem & conditionem eiusmodi iurisiurando adscribere. Sed non perinde Triboniano liberum esse debuit ex nouo illo iure argumentum aut occasionem sumere totius iuris veteris conuorquendi, & malè suo more corrumpendi. Non eadem scilicet in aliis casibus obtinente iuris aut æquitatis ratione. Quòd si cui minùs sufficere videbuntur quæ nos contra tam inueteratum errorem Triboniani & interpretum omnium hoc capite disputauimus, legat cætera quæ in hanc eandem sententiam à nobis copiosiùs tractata sunt *lib.* 16. *Coniect. cap.* 17.

ERROR DECIMVS.

De re post moram perempta, quæ penes actorem fuit æquè peritura.

DIstinctio vulgaris est & interpretum multorum & pragmaticorum omnium, cùm de specie debitæ post debitoris moram perempta tractatur, an res illa æquè penes actorẽ fuerit peritura necne,

Digitized by Google

vt eo demũ caſu teneatur quod nõ fuerit ęquè peritura: cuius diſtinctionis extant ſanè veſtigia nonnulla in libris noſtris, vt *l. itẽ ſi cum* 14. §. *quatenus D. quod me. cau. l. ſi alius* 7. § *eſt & alia. D. quod vi aut clã. l. vl. § ſi ea cõditione D. ad l. Rhod. de iact.* videtúrq; de eo nõ ſatis cõſtitiſſe inter lutecõſultos Proculianos & Sabinianos, queadmodu cõcere licet ex *l. ſi plures* 14. §. *ſiue autẽ. D. depoſi.* Mihi tamen probabilior ſemper viſa eſt ſentẽtia exiſtimantiũ debitorẽ ſpeciei poſt morã pereptę teneri indiſtinctè, i ſiue res fato ſuo, ſiue propter mora & culpã perierit, quia mora perpetuat obligationẽ, facitque vt res etiã poſteaquã perẽpta eſt, extare adhuc exiſtimetur, *l. ſi ex legati* 23. D. *l. ſi ſeruũ* 91 §. *ſequitur & §. vl. D. de verb. obl.* Lõgèq; plures in iure noſtro loci ſunt ex quibus ſenrẽtia hęc cõprobari poſſit, vt nõ malè ſuſpicari liceat ſentẽtiã hãc magis cõmuniter prudẽtibus placuiſſe. Sic. n. ab ijs reſpõſũ video *in l. itẽ ſi verberatũ* 15. §. *vl. D. de rei vind. l. cùm ſeruus* 39. *aliàs l. apud Iulia.* §. *ipſius quoque rei l. cùm res* 47. §. *vl. de legat.* 1. quibus locis ratio etiã redditur ſanè perelegãs & vera, quòd ſi creditor in ea re morã paſſus nõ fuiſſet, vtiq; rẽ illã vẽdere pretiúmq; lucrari potuiſſet. Scio euenire aliquãdo, vt qui obrẽ in vnũ caſũ perẽptã alioquĩ teneretur, excuſetur tamen ob id q̃ in alĩũ caſũ ęquè res fuit peritura, vt in ſpecie, *l. vl. §. ſi ea conditione D. ad l. Rho. de iac.* vbi cùm ex Labeone propoſitũ eſſet, ſi ea cõditione nauẽ cõduxiſti vt ea merces tuæ portarentur, eaſq; merces nauta neceſſitate nulla coactus in nauẽ deteriorẽ, cũ ſciret id te fieri nolle, trãſtulit, & merces tuæ cũ ea naue perierint, in qua nouiſſimè vectæ ſũt, habere te ex cõducto locato cũ priore nauta actionẽ, Paulus notat imò cõtrà eſſe ſi modò ea nauigatione vtraq; nauis perierit cùm id ſine dolo & culpa nautarũ factũ eſſet. Sed ad propoſitã diſputationẽ ea ſpecies nõ pertinet. An q̃ aliud ſit mora, aliud culpa vt ſimpliciter Accurſ. cõtra Martinũ ad eũ locũ pro Ioanne vetere gloſſatore reſpondet qui eandẽ Proculianorum ſententiã ſequebatur quã & nos probamus? Mmimè. Nã præter id quod vix eſt vt mora cõtrahatur ſine culpa cùm ſpecies debetur ſi quicquã hac parte intereſt inter morã & culpã in eo maximè differẽtia eſt, quod culpa pl⁹ eſt q̃ mora, proinde re poſt culpã perẽpta non minùs dicendũ eſſet teneri debitorẽ indiſtinctè, ſiue res ęquè fuiſſet peritura, ſiue nõ, atq; ſi poſt morã perempta proponeretur. Sed reſpondendũ eſt in ea ſpecie illud facere p̃ nauta, quòd etiamſi in ea ipſa naui quę cõducta fuerat merces vectæ fuiſſent, omnimodo tamẽ æquè perituræ fuiſſent cùm eã quoq; nauim ponamus eadẽ nauigatione periiſſe; nec quẽadmodũ in eo caſu quẽ tractamus, dici poteſt te eas merces fuiſſe alteri venditurũ, ſi culpa nulla nautę interueniſſet. Ferèq; ſimile eſt, quod in *l. ſi alius* 7. §. *eſt & alia. D. quod vi aut clã*, Vlp. tractat, ſi incẽdij arcendi cauſſa vicini ædes interciderint, & ignis eò vſq; peruenerit, abſolui me oportere, ſiue interdicto *Quod vi aut clam* cõtra me agatur, ſiue de dãno iniuria nato: *quoniam*, inquit, *nullã iniuriã aut damnũ dare videor aquè perituris ædibus.* Sed illud tamẽ notatu & obſeruatione dignũ eſt quod apud eũdẽ Vlpianũ ſtatim ſequitur *Quòd ſi nullo incẽdio id fecerit, deinde poſteà incẽdiũ ortũ fuerit, nõ idẽ erit dicendũ.* Id eſt nõ erit abſoluẽdus qui vicini ædes interciderit, etiãſi ad eas vſq; ignis peruenerit, *quia*, inquit, *non ex poſtfacto, ſed ex præſenti ſtatu damnũ factũ fuerit nec ne æſtimari oportere Labeo ait.* Eodẽ igitur exemplo defendi poteſt ſi eo tẽpore quo in ſoluendo homine debito mora per debitorẽ cõtracta fuit, iã detinebatur ſeruus ea valetudine ex qua certũ eſſet cõualeſcere nõ poſſe, & quæ impediret ne emptorẽ reperire ille poſſet, abſoluendũ eſſe debitorẽ, licèt homo ille poſt morã perierit. Non tamẽ, meo iudi-

Digitized by Google

trio perinde illud etiá dici poſſit, ſi moræ cõtractæ tẽpore homo ſanus fuit, & eadẽ die aut ipſa etiá fortaſſis hora ſubito correptus morbo aut caſu alio fortuito deceſſerit, ita vt mediũ nullũ tẽpus interceſſerit quo potuerit creditor eũ diſtrahere ſi morã paſſus nõ eſſet, cõdemnari nihilominùs debitorẽ oportere. Neque.n. per ſolã debitoris morã damnum pati creditor intelligitur, niſi demũ eo caſu quo mora fecerit vt nõ potuerit ille lucrũ & cõmodũ ex obligatione ſentire, quod portrò nullũ in propoſito ſenſiſſet, qui etiamſi hominẽ tũ accepiſſet, cùm interpellatio facta eſt, nihilo ditior factus fuiſſet, ſed hoc tantùm aſſecutus vt ſibi tanquã domino faciliùs & certiùs poſtmodũ res periiſſet. Ec hoc ſanè cõſequens eſt ei rationi qua prudẽtes ſupradictis locis moueãtur, cùm debitorẽ peremptа re poſt morã teneri volunt, ut poſſeſſorẽ cõtinentũ rei vindicatione ob hoc maximè quòd ſi petitor aut creditor eã rẽ habuiſſet, diſtraxiſſet. Ita, peculdubio imminuẽtes, ſi certũ ſit nõ fuiſſe petitorẽ aut creditorẽ diſtracturũ aliud iuris cõſtitui debere, vt rei interitu et à poſt morã contingente liberetur. Dices, nullã ergo in hac quæſtione diſſentionẽ inter Iurecõſultos fuiſſe, ſed omnes in eo cõuenſſe vt debitori mora non noceat ſi res æquè ſint omnimodo peritura. Ego verò fateor cũ hac adiectione *omnimodo*, in eóq; à Ioanne & interpretib. qui Ioannẽ ſecuti ſunt diſſentio. Illi enim putãt debitorẽ poſt morã omnimodo teneri: licèt res æquè fuerit penes actorẽ omnimodo peritura. Sed diſſentio in eo erat quòd quotieſcũq; res fato ſuo perẽpta eſſet, exiſtimabant Sabiniani parcendũ debitori quatũlibet moroſo, hoc vno contenti q̃ æq.è ſuo fato res penes actorẽ periiſſet: quæ tamẽ haud dubiè nõ fuerat penes eũ peritura, ſi ea ſcilicet nactus diſtrahere ſi ati potuiſſet. Idq; apparet euidẽtet ex *d.l. ſi plures* 14. §. *ſiue autẽ*. D. *depoſ.* ſiue dicas quod vulgò creditur Sabini & Caſſij ſententiá eo loco à Caio probari, ſiue quod magis puto, referri duntaxat nõ etiá probari, niſi malis quod & ego probabilius arbitror, à Tribonian.o corruptũ eſſe locũ illũ, itémq; §. *quatenus. d.l. itẽ ſi cũ* 14. *D. quod me. cauſ.* Nec de eo quiſquá, vt puto, dubitabit qui legerit quæ in hãc ſentẽtiá ſcripſimus *lib.* 16. *Coniec. ca.* 19. Vnde & alia pleráq; peti poterũt, quæ alioqui ad hui⁹ quæſtionis accuratá tractationẽ hîc adiici oporteret.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI SABAVDI, &c.

DE ERORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS DECIMANONA.

ERROR I.

De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo.

VLGATVM eſt actore nõ probãte abſolui reũ debere etiáſi nihil præſtet, id eſt quáuis nec probet quicquá nec iuret, *l. qui accuſare* 4. *C. de edẽ. l. 2. l. actor.* 23. *& paſſ. C. de probat.* niſi præſumptio aliqua ſit pro actore, quo caſu reũ iurare æquũ eſt vt abſoluatur *cap. vlt. in fin. extr. De iureiur.* Idémque in reo viciſſim obſeruatur ſi probata actoris intentione deficiat ille

in probandis exceptionibus, putà si quam creditor probauit deberi sibi pecuniam debitor solutam esse dicat, nec probet *l.1 C.de probat.* Siquidem in exceptionibus actoris vice fungitur reus *l.ab ea parte* 5 *l. si pactum* 9. *l. quingenta* 12. *l. quoties* 18. §. *qui dolo l. in exceptionibus* 19. D. *eod.* Semper enim ei incumbit probatio qui dicit non qui negat *l.2. l. non est necesse* 11. *l. ante omnia* 23. *eod.* Sed hoc ita tamen accipiendum est, si exceptiones sint facti, nec præsumptio sit pro reo *d. l. si pactum.* Nam cùm exceptio iuris est, & ipsi, vt ita dicam, insitæ actioni, non sunt excipienti necessariæ vllæ probationes, putà si quis agat ex contractu vltrò citróque obligatorio, cui priùs à se satisfactum non probet *l. Iulianus* 13. §. *offerri de act. empt. l. si seruus* 57. *D. de edilit. edict.* Aut si impugnat instrumentum iureiurando subnixum non impetrata absolutione, aut agat ex contractu ante quadraginta annos inito cui possit obiici exceptio longissimi temporis. Nec alii plerique casus desunt superioribus persimiles. Quid ergo si qui probare debuerat in probatione defecerit, nec nisi semiplenam, vt nostri loquuntur, probationem attulerit? Placet nostris non idcirco statim condemnari eum oportere, sed deferendum illi esse iusiurandum à iudice in supplementum probationis, quod ideò supplementum vulgò vocant, itémque necessarium siue quòd ad id deferendum iudex nonnisi ex necessitate & inopia probationum adigatur *l. admonendi* 31. *D. de iureiur. l. 3. C. eod.* siue quòd nisi ex magna & iusta causa recusari non possit *dicto cap. vltim. in princip. Extr. eod.* Quod etsi ab omnibus ferè supremis Curiis, & frequentissimis pragmaticorum omnium suffragiis receptum video, mihi tamen probari nunquam potuit. Primùm quia innumeris iuris nostri locis scriptum est absoluendum esse reum nõ solùm si actor cesset in probatione, hoc est, si nihil omnino probet *d. l. 4. C. eod. l. 2. C. de probat.* sed etiamsi deficiat, id est si minùs plenè probet, adeò vt hoc casu nulla reo necessaria sit exceptio, quæ vtique necessaria est quoties probationibus vincere actor potest, *l. si quidem* 9. *C. de except.* Id enim est quod dici solet actorem si intentionem suam non impleat, cõdemnandum esse *d. l. ante omnia. d. l.* 1. *C. de probat. l. negantem* 9. *C. de obligat. & action.* quod etiam de reo proditum est *d. l. in exceptionibus.* Quis verò dixerit impletam ab eo intentionem qui non nisi semiplenè probauerit? Nã & semiplena probatio esse creditur si vnius testis dummodo integri testimonium proferatur. Atqui constat non solùm vnius hominis testationi credendũ non esse, sed neque licere iudici vnius hominis responsionem audire in quacunque causa, vt Cõstantini verbis vtar in *l. iurisiurandi* 9. *C. de testib.* etiamsi, inquit, præclarę Curię honore præfulgeat. In quo obseruandum est quod lex ait, iam anteà constitutũ fuisse vt in quacunque causa non facilè vnus testis admitteretur. Nunc verò constitui vt omnino nõ audiatur, id est nullomodo, nullóque casu, ac proinde nec si probationem suam iureiurando implere actor velit, nec si causa sit leuior. Nam si is qui vno tantùm teste nititur, petere à iudice non potest, vt testis ille audiatur, quantò minùs petere potest, vt vel testi credatur, vel sibi ipsi ad corroborandum testimonium iusiurandum deferatur? Mouet me secundòquòd cùm in libris nostris tot extent Iureconsultorum responsa, & Imperatorum rescripta De iureiurando & probationibus, nusquam huiusmodi iurisiurandi suppletiui mentio fit, cuius tamen sicut vsus hodie frequentissimus est, ita tractatus omnium vtilissimus fuisset. Nam quod in *l. 1. D. de iureiurand.* Caius scribit per iusiurandum decidi controuersias vel ex pactione ipsorum litigatorum,

vel

vel ex iudiciali autoritate, ad voluntarium duntaxat pertinet, & ad iudiciale, h. e est, quod non à iudice sed à parte parti defertur in iudicio, iudicisque autoritate approbatur. Quod autem idem Caius monet in *d.l. admonendi*, solere iudices in dubijs causis exacto iureiurando secundùm eum pronuntiare qui iurauerit (quo vno maximè loco moueri interpretes & pragmatici solent) longè aliam habet sententiam quàm vulgò existimetur. Dubias namque causas non eas intelligere debemus in quibus actor minùs plenas probationes habeat, vt illi interpretantur (nec enim dubia causa est in qua constat absolui reum oportere, vt diximus) sed quæ propter paritatem probationum eò redigunt iudicem vt hæsitet in vtram partem propendere debeat, quam probationum inopiam videntur dixisse imperatores in *l. 3. Cod. de reb. credit.* quòd quamuis per se sint plenæ, vt ex ijs posset sequi condemnatio si nihil ex aduerso probatum esset, fiant tamen inopes obiectu contrariarum probationum. Quod & iampridem ante nos docuit non insubtiliter *Franciscus Duaren. lib. 2. Disput. cap. 33.* Sed & ausim dicere quod *Duarenus* nõ dixit totam eam legem Triboniani esse potiùs quàm Caij, desumptámque ex Iustiniani constitutione in *l. generaliter C. de reb. credit. & iureiu.* de qua sequenti capite dicemus, idque apparebit etiam euidẽtiùs ex ijs quæ disputaturi sumus *infrà cap. 5.* Nec magis ad rem facit quod in *d.l. 3. C. eod.* à Diocletiano & Maximiano rescriptum legimus, in bonæ fidei contractibus, cæterisque causis inopia probationum per iudicem iureiurandò causâ cognitâ res decidi oportere. Nam præter id quod verba illa *inopia probationum* eá interpretationem commodè admittunt, quam nos supra retulimus, nihil etiam vetat Imperatores de iudiciali iureiurando intelligi, quod certum est non nisi probationum inopia deferri solere *l. tutor 33. D. de iureiur.* Nec sanè de iureiurando per iudicem exacto lex loquitur, & si loqueretur, de alio tamen quàm de istiusmodi suppletiuo accipi deberet, De eo scilicet de quo in *d.l. generaliter.* Mouet me tertiò quod in *l. 1 C. eo. tit.* vbi pro regula traditur, Causam iureiurando decisam non posse sub prætextu periurij tractari, De voluntatio tantùm & iudiciali agitur, De necessario autem nullomodo, quod tamen si iam tum aliquod tale in vsu fuisset, non debuerat prætermitti cùm in eo quoque nostri admittant idem hac parte iuris, esse regulariter, præterquàm in eo casu qui constitutionibus Principum nominatim exceptus sit in *d. l. admonendi.* Postremò & omnium maximè mouet me quod in *d. l. generaliter*, Iustinianus profitetur, de omnibus iuramentis generaliter quæ in litibus offeruntur vel à iudice vel à partibus, ea constitutione definiri, nec tamen de suppletino, aut vt alij vocant, suppletorio, verbum vllum. In quo sanè deceptos fuisse omnes quotquot videre licuit interpretes, mirandum est. Fateor tractari ea lege de iureiurando non solùm à parte sed etiam à iudice deferendo, sed nego fuisse illam iurisiurandi speciem veteribus iuris autoribus cognitam: nego fuisse vlla iuris ratione subnixam, sed quadam potiùs iudiciorum cõsuetudine inductam. Nego deniq; ei qui intentionem suam semiplenè tantùm probauerit iusiurandum illud in supplementum probationum deferri hodie posse aut olim potuisse. Quæ omnia si probauero, consequens erit nec Caij esse quod in *d.l. admonendi* scriptũ est, præsertim ab illis verbis, *sed hæ cõstitutiones*, quin potiùs Triboniani vt iam monuimus, nec Imperatores in *d.l. 3.* de iureiurãdo necessario sensisse, sed tantùm de iudiciali, nec deniq; admitti vnquã debuisse, vt qui in probatione deficeret, præsertim actor iureiurando proprio litis

victoriam sibi compararet. Igitur de sententia *dictæ legis Generaliter*, iam videamus.

ERROR SECVNDVS.

De iureiurando Iustinianeo ad l. generaliter 12. C. de reb. cred. & iureiur.

PRÆFATVR initio huius legis Iustinianus, generaliter de iuramẽtis omnibus quæ in litibus offerũtur vel à parte vel à iudice ea constitutione definiri. Ait autẽ, *cùm enim iam inierebant iudices in plenissima definitione sacramẽtũ imponere.* Innuit ergo nec iuris ratione vlla id inductum, quæ ipsos iuris autores mouere potuerit vt id inducerent, nec prisca aliqua sed recenti cõsuetudine receptum. Cui conuenit quod in *l. admonendi* 31. *D. de iureiur.* scriptum est in hæc verba, *solent enim iudices in dubijs caussis exacto iureiurando secundùm eum iudicare qui iurauerit*, vt in vtroque loco eadem Tribonianí & manum & sententiã facilè possis agnoscere: vbi tamen obseruandum est scriptum esse, iudices ita facere solere, non etiam debere quasi cogente iure. Adhæc quod Iustinianus ait *sacramentũ imponere*, innuit satis iusiurandum illud quod in dubijs caussis solebant iudices deferre in plenissima definitione, id est paulò ante definitiuâ sententiã, vt sequentia explicãt, tale fuisse vt ei cui deferebatur, oneroſum potiùs, quam facultatem crederetur. Propter quam caussam exigi debebatur sicut & quod pars parti defert *l. in duobus* 28. §. *exceptio. l. eum qui* 30. §. *in popularibus. & d. l. admonendi. D. eo.* quasi quod vel ab inuito extorqueatur. Nec ad rẽ facit quod solebant iudices secundũ eũ pronuntiare qui iurauerat *d. l. admonendi*: quæ sola res tã grandi grauiq. nostrorũ errori caussam dedit vt hoc iurisiurandi genus nõ solùm iudiciale, sed etiã suppletorium esse crediderint. Nã neque id erat perpetuũ, sed etiam post præstitũ iusiurãdũ totius negotij summa examinanda erat *d. l. generaliter* §. *si autem is cui*, illis verbis, *& ita cætera siue capitula, siue totius negotij summa examinẽtur.* Nec eo minùs fiebat vt onerari videretur is cui iurandũ erat si fortè & citra iusiurandũ victoriã speraret ex propriis probationibus, aut etiã ex sola aduersarij probationũ inopia. Indéq. nimirũ eueniebat vt ab eiusmodi delatione plerunq. appellaret is cui deferebatur. Quod Iustinianus significat cùm subiungit, *euenit vt prouocatione lite suspẽsa.* Non. n. tractari eo loco de appellatione per illũ interposita contra quẽ iurãdũ esset, apparet ex sequentibus, *hi quidẽ qui iusiurãdũ præstare iussi sunt, ab hac fortè luce subtrahantur, probationes autẽ rerũ cadant.* Quasi dicat nouæ illius cõstitutionis remediũ ideo necessariũ fuisse ꝙ delato iureiurando per iudicem vni ex litigatoribus qui ab ea delatione prouocasset, eueniebat vt si idẽ ille pendẽte appellatione moreretur, probationes interciderent. Quænã verò probationes? non ipsius, sed aduersarij: Nam si de appellantis probationibus ageretur, quid obsecro incõmodi aut absurdi esset perire eas propter appellationẽ quã ille ipse interposuisset? De quo. n. nisi de seipso queri deberet is qui perperã appellasset, sibiq; probationis facultatem quam iudex concesserat eripuisset? At eam appellationem frustrandi caussã interpositam aduersario nocere æquum non erat, qui ex appellantis iureiurando per iudicẽ delato non secus acsi is ipse detulisset, probationẽ captabat. Cùm esset verisimile non ita facilè peieraturum reum, tametsi actor in probatione deficeret, sed vt relaturum iusiurandum, vel ab improba lite discessurũ. Nec ad rem pertinebat, quòd non tantùm litigatoribus, sed eorũ quoq; heredibus id iusiurãdũ deferre iudices solerẽt, *cũ multum*, inquit Iustinianus, *dis-*

cre-

discrepet iuramẽtum hereditarium à principali sacramẽto. Siquidẽ de facto defuncti præcisè iurare heres non cogitur, *l. Marcellus* 15. *§. iurare. D. de rer. amot.* vt nec alius quilibet de facto alieno *l. insiurandum* 34. *§. procurator. D. de iureiur. l. videamus* 4. *De in lit. iur.* sed tantùm ex animi sui scientia, vel vt Cuiacius legit & rectiùs, *sentẽtia. l. 2. §. quod obseruari. C. de iureiur. propt. calum. dãd.* id est nõ credere se quòd litẽ iniustã defunctus sit prosecutus, vt in *lib. 2. feud. tit. 58.* qui est vltimus *De nos. feudor. §. eùm datur.* Itaque iusiurandũ hoc præstare heres potest ferè semper absque periurij metu, & longè facilius quàm defũctus potuisset, nisi ponas communem fuisse defuncti & heredis scientiã ac malã fidẽ: quod cùm accidit, nulla sanè est inter iusiurã ũ hereditariũ & principale, quomodo Iustinianus loquitur, differentia. Sed extra eũ casũ quẽadmodũ facilius heredi est iurare, ita maius ex eo dãnũ aduersarius patitur, quĩ scilicet sperare vix possit futurũ vt periurij metu sibi heres iusiurandũ referat, quòd eo intuitu fortasse defunctus retulisset. *Necessitate itaque rerũ coactis & probationibus pinguius subuenientes ad huiusmodi*, inquit Iustinianus, *venimus sanctionem*, id est ne tã facilè pereant probationes, quas ex iurisiurandi delatione appellanti facta sperabat is, qui non appellauit. Nec sanè potest hucusque textus de alio iureiurando intelligi quàm quod à iudice parti deferatur. Sequitur verò constitutio ad vtrũque tam iudiciale quàm necessariũ pertinens, *Omne igitur iuramentum siue à iudice, siue partibus illatũ vel in principio litis, vel in medio, vel in definitiua sentẽtia sub ipso iudice detur, nõ expectata vel vltima definitione, vel prouocationis formidine.* Quibus verbis ostenditur nihil hac parte iusiurandũ necessariũ à iudiciali differre, & vtrique commune illud esse vt statim atque delatũ est præstari debeat siue illico appelletur, siue in eo res sit vt appellari possit. Cuinam verò periculum afferre queat aut formidinem iniicere appellatio nisi ei aduersus quem fuit interposita? Illi ergo consulere Iustinianus voluit contra quem appellatur, non ei qui appellat, ac proinde cùm is demum appellet, cui iurandi necessitas imponitur, consequens est vt fateamur voluisse Iustinianũ subuenire probationibus eius contra quẽ est appellatũ. Quod si ita est, illud quoque fateri nos oportet, non eã esse Iustiniani mentem vt à iudice deferatur iusiurandũ ei qui in probatione deficit, sed aduersario, licèt ad implendas deficientis probationes. Nã & in iudiciali iureiurando idem obseruatur, vt nimirũ non iuretur, sed deferatur iusiurandum ab eo qui probationum inopia laborat. Idipsum verò apertiùs demonstrant sequentia illa constitutionis, *sed iuramento illato cùm hoc à parte factũ fuerit, & à iudice approbatũ, vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum, siquidem is cui imponitur sacramentum nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur vel referatur.* Distinguit Iustinianus, an is cui delatum est iusiurandum siue à parte, siue à iudice, à parte, inquam, cuius factum iudex approbauerit, prouocet à delatione necne. Si non prouocet, non quidem cogitur præcisè iurare, sed electionem habet an iurare malit, an referre. Alterutrum sanè facere compellitur, ex quo apparet, etiam quod à iudice defertur vni ex litigatoribus referri posse non secus ac iudiciale, quamuis de eo contra apertissima legis verba dubitet Accursius, cuius dubitatio tandem in errorem deflexit, existimantibus nostris post *gloss. in cap. vltim. extr. de iureiur.* in iureiurando necessario nullum esse relationi locum quod certè falsissimum est. Apparet etiam ex iisdem verbis, solitas interponi appellationes ab illis quibus sacramentum impo-

nebatur, non contra quos iurandum erat, quod ex sequentibus quoque fit apertius. *Necessitate ei imponenda, si iure refertur, relationis sacramentum subire, vel si hoc recusauerit quasi illato sacramento præstito, caussa vel capitulum decidatur, nullo loco prouocationis relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipse facienda procurauit?* Sensus est, eum cui iusiura dum defertur, siue iudiciale, siue necessarium, omnimodo iurare cogendum, aut si nolit, perinde condemnandum acsi aduersarius qui iurare etiam noluit, ex delatione iurasset: Neque hic distinguendum esse an à relatione appellet necne, quomodo distinguendum diximus, in eo cui prim ùm defertur. Non enim appellare eum posse qui ipse mouerit iudicem vt parti iusiurandum deferret, aut qui ipse detulerit. Nam si quidem ipse detulit, licèt de referendo iureiurando nihil dixerit, sciuit tamen aut scire debuit, non posse se iusiurandum deferre aduersario nisi ea lege vt sibi vicissim referre aduersario liceret. Ideóque tametsi iurare ipse debeat de calumnia, non potest tamen ab aduersario referente idem iusiurandum exigere *dict. l. iusiurandum* 34. §. *datur. D. de iureiur.* Proinde si à relatione quam pars fecit & iudex adprobauit, appellaret, de proprio ille suo potiùs quàm de partis aut iudicis facto quereretur, *dict. l. generaliter. versic. sine autem illatum*, qui de iudiciali iureiurando nominatim loquitur. Sin autem iudex ipse aduersario detulerit, quamuis ita fecerit ex officio, nec petente eo cui posteà relatum est, perinde tamen denegari debet appellationis beneficium ei qui relatum recusat acsi ipse detulisset. Nempe quoniam & per eum, & pro eo factum est vt iusiurandum à iudice deferretur, nimirum ad supplendas ipsius probationes. Quamquam videri possit locus hic innuere, moris olim fuisse vt qui nudis probationibus vincere non poterat, postularet à iudice iusiurandum aduersario deferri, sed non ita est. Hoc ipso enim deferre crederetur qui deferri postularet, cùm quicquid iudex facit parte requirente pars ipsa facere videatur: *l. 1. C. si in causs. iudic. pign. capt. sit l. si ob caussam* 28. *C. de euict.* Multúmq; intererat quod ad partis commodum spectabat, an à parte, an à iudice deferretur. Delatum enim à parte erat vt & hodie est litis decisorii, *d. l. 1. D. de iureiur. d. l. 1. C. eod.* atque adeò præcedentium probationum omnium quas habere deferens poterat, vim & potestatem extinguebat: quod verò à iudice deferebatur, non item. Sed & facilè contingere poterat, vt actor vel reus probationes suas sufficientes & plenas crederet, ob idque iusiurandũ deferre nollet, iudex verò contra putans aut propter oppositas aduersarij probationes dubius constitutus necessariò existimaret iurisiuradi delationem, *d. l. generaliter* ibi *si hoc omnimodo præstãdum existimauerit.* Quod cùm accidebat, necesse erat vt iudex idipsum ex officio faceret, non expectata eius contra quem iurandũ erat petitione, tametsi id fieri quàm maximè ipsius interesset. Vnde illud etiam manabat vt qui exacto iudiciali iureiurando condemnatus esset, à sententia appellare non posset: qui verò per delatum à iudice iusiurandum, posset si fortè non obstante eo iureiurando, vincere tamen debuerat ex plenis probationibus ante delationem factis. Nec est contrarium, quod proximè diximus, ab interlocutione iudicis qui iusiurãdum detulerit vni ex litigatoribus appellari non posse per eũ contra quem deferatur. Huic enim non in ipsa delatione fit iniuria cùm possit cõmodo eius cedere, si aduersarius fortè referre malit, quàm iurare, sed in condemnatione quæ delationẽ sequitur, si propter

aduersarij

aduerſarij iuſiurandum, quod ſolus iudex detulerat victus ſit qui pleniſſimè ſuam probauerat intentionem *dict. l. generaliter.* §. 2. ijs verbis *habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Neque tamen inficior poſſe appellare eum contra quem iuſiurandum deferatur, etiam non expectata definitiua ſententia ſi ante delationem pleniſſimas iudici probationes exhibeat: Nempe quoniam hoc caſu fieri nequeat vt ipſi profit delatio, ſiue ſuſcipiatur iuſiurandum, ſiue referatur, cùm nec ipſe iurare cogi poſſit, nec ſi conſuetudo aliqua in contrarium proponatur *cap. ſicut conſuetudo 2. extr. de probat.* Ob eámque cauſſam tota *d. l. generaliter*, ſic Iuſtinianus loquitur vt oſtendat non debere iudicem huiuſmodi iuſiurandum deferre niſi ad ſupplendas probationes eius cõtra quem deferatur: quo obſeruato nulla ſanè ratio eſt vt ei liceat appellare. Sequitur apud Iuſtinianum, *ſin autem is cui ſacramentum eſt illatum vel à parte vel à iudice hoc ſubire minimè voluerit, licentiã quidem habeat ſacramentum recuſare, iudex autem ſi hoc omnimodo præſtandum exiſtimauerit, ſic cauſſam dirimat quaſi volente eo ſacramentum ſit recuſatum.* Id eſt, vt ego interpretor, quaſi delationi quidem ille conſenſerit, ſed tamen iurare ille noluerit nec referre. Aut ſi mauis, Quaſi non ſolùm ipſe noluerit iurare, ſed etiam conſenſerit vt neque aduerſarius iurare cogeretur. Quemadmodum enim iuriſiurandi gratiam facere poteſt qui detulit, *l. remittit 6. D. de iureiurand.* ita & qui retulit aut ex neceſſitate referre debuit. Itaque in præiudicium eius qui ſibi delatum ſiue à patre ſiue à iudice iuſiurandum ſubire non vult, placet Iuſtiniano perinde iudicandum eſſe, acſi aduerſario relatum eſſet iuſiurandum & poſteà remiſſum. Ob idque neceſſe eſt vt *ipſe qui ſacramentum ſibi illatum dare recuſauerit, vel hoc atteſtetur, vel ſi fortè non audeat, habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Tutius igitur ei erit vt appellet. Quamuis enim Iuſtin. conſtituat vt non obſtante appellatione diffinitiua ferri poſſit ſententia, non ideò tamen appellatio reijcitur, quam ſi ex poſtfacto iuſtam fuiſſe apparebit, vult Iuſtinianus emendari ſententiam quæ quaſi ex recuſato ſacramento præceſſerat, perindéque obſeruari omnia acſi nec delatum fuiſſet iuſiurandum quod non fuerat deferẽdum. Sin ex contrario iuſtè delatum & iniuſtè recuſatum videbitur, rata haberi omnia, quæ ob malè recuſatum iuſiurandum iudex decreuerit. Et hoc eſt quod ait conſtitutio à verſicul. *& ſi iudex* vſque ad verſic. *ſiue autem illatum.* In quo negatur eum qui iuſiurandum aduerſario detulit poſſe appellare à iudice qui delationem confirmauit. Quod & per ſe apertiſſimum eſt, & iam in præcedentibus dictum fuerat §. 1. vbi tam de neceſſario, quàm de iudiciali iureiurando tractatur. Quæ ſequuntur explicant quid agendum ſit ſi abſenti deferatur vel referatur. Quod quia ad rem noſtram non pertinet, id vnum obſeruari volumus quod in fine legis ſcriptum eſt, *non enim vt aliquid derogetur antioquioribus legibus hæc prolata ſunt, ſed vt ſi quid eis deeſſe videatur, hoc repleatur.* His enim verbis non obſcurè meo iudicio innuitur veteribus legibus incognita fuiſſe multa, quæ conſtitutione illa inducuntur. Quæ porrò alia eſſe non poſſunt, quàm quæ ad neceſſarium iuſiurandum pertineãt, De iudiciali ſiquidem iam pleraque iuris authores tradiderant, quibus non video quid Iuſtinianus addiderit niſi vt non obſtante appellatione, vel ſuſcipiendum ſit, vel referendum.

Digitized by Google

ERROR TERTIVS.

De differentia iurisiurandi Iustinianei & vulgaris quod suppletiuum vocant.

SVPERIORA omnia eò pertinét, vt intelligamus iusiurandum illud necessarium de quo agitur in *d. l. generaliter*, lógè aliud esse quàm quod interpretes sibi cómmiscuntur. Vtrunque sane à iudice defertur, & quod nostros fefellit, vtrunque ad supplendas probationes, sed non vtrumque eidem nec eodem modo Iustinianeum (sic enim appellare possumus ad differentiam vulgaris quod suppletiuum dicunt) non defertur ei qui in probatione deficiat, sed eius aduersario, qui, vt diximus, etiam citra iusiurandum vincere deberet summo iure. Vulgare verò ei ipsi qui in probatione deficit, vt probationem quam filij sui aut alterius domestici testis fide implere non posset proprio testimonio suppleat, contra vulgatas iuris regulas quæ habét neminem sibi in causa propria idoneum testem esse posse: *l. etiam 3. l. omnibus 10. C. de testib.* Iustinianeum non tantùm parti defertur, sed eius quoque heredi, licèt aliter atque aliter. Vulgare sic accipitur, vt non heredi, sed parti tantùm deferatur. Quomodo enim suppleri possit imperfecta probatio ex iureiurando heredis qui de alieni facti veritate iurare cogi nequeat, sed tantùm de animi sui sententia, vt ait *l. 2. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Iustinianeum defertur à iudice ex officio etiamsi non petatur, imò verò etiamsi recusetur. Vulgare verò non nisi petenti dari solet. Sic enim *Bart. ad l. admonendi 31. nu. 60. D. de iureiur.* quod & de consuetudine obseruari testatur *Ferrar. in form. respons. rei. in verb. iurisiurandi.* Et eo iure Senatus noster passim vtitur. Certè inuito defertur nunquam. Ex quo apparet quàm sit inciuile iuríque nostro contrarium. Qui enim ante delationem tam facilis & procliuis est ad iurandum, hoc ipso sanè suspectus fit vt eius quod iurauerit ratio nulla haberi debeat. Sibi enim iurauit, inquit, *l. 3. in princ. D. de iureiur.* Iustinianeum si deferatur, appellare à delatione is tantùm potest cui defertur, non etiam is aduersus quem iurandum est. At in vulgari ex contrario non ei, cui sed contra qué delatũ est appellare permittitur. Iustinianeum enim, onus est eius cui defertur, respicitque fauorem illius contra quem defertur. Nimirum quia tametsi euenire soleat vt pro eo iudicetur qui iurauerit, id tamen nec iuráti prodest, qui in eo erat vt etiamsi non iurasset, vincere nihilominùs propter inopiam probationum aduersarij debuisset. Nec condemnato nocet, qui in eo erat, vt nullo quoque præstito iureiurando vinci debuisset, propter defectum probationum. At ex contrario delatio ista quæ ei cui fit, prodesse nunquam potest, prodesse aliquando potest ei contra quem iusiurandum defertur. Cuius scilicet aduersarium in eam necessitaté redigat, vt vel iurare illum oporteat vel referre. Quid enim si conscientia ductus aut superstitione iurare noluerit? Faciet relatio vt iurare tùm possit consentiente aduersario, atque ita vincere qui antea probationes plenas non habebat. Propter quam causam dicitur iusiurandum hoc inductum in supplementum probationum, non quidé recta via, sed per mediũ, vt ita dicam, relationis, quomodo & quod pars parti defert siue in iudicio, siue ex litigatorum pactione extra iudicium. Portò nil necesse esset deferri ei cui fauere iudex nolit contra eum de cuius probationibus implendis agitur, si iuris ratio pati posset vt illi ipsi qui minùs plenas

Digitized by Google

nas probationes habeat, deferri deberet. A quoniam ea delatio ex qua ius partis tantoperè lædatur, non nisi à parte ipsa fieri potest, pars verò quæ ad litis victoriam assequendam nullo iureiurando indiget, nullâ deferendi causſam habet nisi iudicis præcepto vrgeatur, vrgeri porrò non potest vt deferat, sed tantũ vt referat (deferre enim semper voluntariũ est, referre necessariũ) nec denique vt referat quin priùs illi ipsi deferatur. Consequens fit, vt quantumuis iudex deficiẽtibus actoris probationibus subuenire velit, cogatur tamen vel inuitus iusiurandum reo deferre. In quo alia etiam differentia cernitur inter necessarium iusiurandum, quod nos Iustinianeum dicimus & vulgare pragmaticorum. Iustinianeũ n. referri potest, adeóq; debet si non iurare velit is cui delatum est à iudice. Vulgare verò nec referri debet, nec potest. Imò si talis casus contingeret in quo is cui delatio esset, iurare nollet, vtique condemnandus esset, quippe qui nec plenas probationes haberet, nec eas proprio iureiurando implere amplius posset, arg. *d. l. remittit 6. De iureiur.* Nam quemadmodum is cui vulgare hoc iusiurandum defertur, si iuret semper vincit, ita si iurare nolit, semper vincitur. Quod in Iustinianeo secus est. Nihil enim vetat eum contra quem iuratum sit, vincere, si post præstitum fortè iusiurandum nouas probationes ante sententiam nanscisca tur, cùm & post redditam sententiam idem posset contingere *d. l. admonendi.* Iustinianeum videtur iusiurandum purgationis, potiùs quàm decisionis. Vulgare contrà, decisionis potiùs quàm purgationis Iustinianeum deferri potest in litis principio, medio & fine. Vulgare autem non nisi post apertas testationes, & in procinctu definitiuæ sententiæ. Iustinianeum defertur reo qui & citrà iusiurandum absolui deberet, cùm pro actore in probationibus deficiente aliqua præsumptio est *cap. vlt. §. fin. extr. de iureur.* Quod ego intelligo etiamsi non adsit semiplena probatio. Potest. n. etiam citrà semiplenam probationem præsumptio aliqua esse, quæ iudicem dubium constituat, quod vnum ad iusiurandi huius delationem sufficit *d. l. admonendi.* propter quam causſam nec in *d. l. admonendi*, nec in *l. 3. aut pen. C. de reb. credi.* aut alio vllo iuris loco videas mentionem fieri semiplenæ illius probationis quam nostri requirunt. Vulgare verò, nec si nostris credamus, deferri vnquam potest quin adsit semiplena saltem probatio. Eadem verò ratione fatendum etiam est Iustinianeũ deferri interdum actori, etiamsi plenè probauerit, si modò præsumptio aliqua sit pro reo. Nam cùm in *d. l. pen.* scriptum sit posse cuicunque parti deferri, ac proinde etiam actori, & ad supplendas duntaxat partis contra quam defertur probationes, actor verò qui suam intentionem impleuit, cogendus non sit regulariter vt iuret, nec si consuetudo sit in contrarium *d. cap. 2. extr. de probat.* Exceptionem hanc omnino subijci necesse est, nisi præsumptio aliqua sit pro reo, siue quòd defensionis suæ causſas semiplenè probauerit, siue quòd aliud quidpiã sit ex quo lis dubia constituatur. Alioqui esset actor fauorabilior reo, quod absurdũ quoq; esset vulg. *l. Arianus 41. De oblig. & act. l. fauorabiliores. de reg. iur.* Nec ad rem facit quòd actor qui solus plenè probauit, debeat obtinere. Ná & pari argumentatione possis concludere nec cogendum vnquã reũ iurare, tametsi præsumptio aliqua sit pro actore cõtra *d. cap. vlti.* cũ etiãsi nihil probet, obtinere tamẽ debeat eo casu quo actor minùs plenè probauerit, sed & quod magis mirũ est, potest interdũ actori ipsi qui in probatione deficit, iusiurandum hoc deferri, sed perrarò & ex causſarũ ac psonarũ qualitate *d. c. vl. §. fi.* Puta si rei psona vsq; adeò vilis sit & infamis vt deferri ei

iuſiurandum ſine magno & euidenti periculo non poſſit. Quod cùm accidit prudentis iudicis officio incumbit vt neque periurij occaſione præbeat, neque patiatur eo deterius fieri ius actoris qui maximas pro ſe habeat præſumptiones. Finge rurſus tractari de feudi inueſtitura inter dominum & vaſſallum qui ſit reus idemque poſſeſſor feudi. Si dominus idemque actor deficiat in probatione & longa ſit vaſſalli poſſeſſio, iuſiurandū vaſſallo deferendū eſt. Sin noua eius poſſeſſio eſt, iuſiurandū deferri domino debet quamuis actori niſi aliud ſit quod vrgeat pro poſſidēte *lib. 2. feudor. tit. 35. De cōſuet. recēſ. feud. §. vlt.* Nempe quia pro eo præſumptio eſt propter naturam feudi *lib. 1. feudor. tit. 26. ſi de inueſtit. int. domin. & vaſſall. lis oriat.* Adde quod *tit. 4.* eiuſdem libri ſcriptum eſt. *Si de inueſtit. feud. controuerſia fuer.* Et *tit. 10. De content. int. domin. & fidel. de inueſtit. feud.* quibus in locis videas ſolitum fuiſſe olim & in feudalibus iuſiurandum hoc regulariter deferri non actori qui in probatione defeciſſet, quāuis eſſet ille feudi dominus, ſed reo eidémque poſſeſſori. Quod & in cæteris cauſſis ſimiliter obtinuiſſe, hoc eſt vt frequentius deferretur reo quàm actori (licèt actori quoque deferri aliquando poſſet) Tribonianus docuit ſatis in *d. l. admonendi*, his verbis, *Sed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere cùm à iudice aliquis abſolutus fuerit.* Quibus verbis nihil ſanè aliud ſignificare voluit, quàm eas conſtitutiones, de quibus hoc loco tractatur, non niſi ad neceſſarium iuſiurandum pertinere. Quàti ſæpiùs eueniat vt ex neceſſario iureiurando quis abſoluatur, quod tamen non niſi reo conuenit. Actor enim cùm vincit non abſolui dicitur, ſed obtinere. Sed tamen negari nō poteſt, quin actori quoque interdum deferretur, non ad ſupplendas ipſius probationes, præterquàm ſuperioribus caſibus, aliiſque ſimilibus ſi qui ſunt, ſed ad ſupplendas probationes rei, ſi fortè, vt ſuprà dixi, actor quidem plenè probaſſet, ſed contra eum tamen aliqua pro reo præſumptio vrgeret.

ERROR QVARTVS.

De caſibus in quibus Iuſtinianeum iuſiurandum deferri poteſt.

APPARET ex ſuperioribus nec ſemper, nec omnibus deferri poſſe iuſiurandum hoc quod nos Iuſtinianeum appellamus. Quid enim ſi actor nihil omnino probauerit, vt nulla pro eo ſubſit præſumptio? Non erit reus onerandus iureiurando. *cap. vlt. §. vlt. à contr. ſenſ. extr. de iureiur.* Quid ſi intentionem ſuam pleniſſimè reus probauerit? Multò minùs onerandus erit quamuis præſumptio aliqua faciat pro actore *cap. 2. extr. de probat.* Idemque admittendū putarem, ſi minùs plenas quidem haberet probationes, ſed quæ tamen contrariam præſumptionem qua actor nitebatur elideret. Præſumptio namque leuior eliditur per grauiorem, ſicut & minùs plena probatio per pleniorem. Quid rurſum ex parte actoris ſi is intentionem ſuam minùs plenè probauerit? Non erit ei permittendum vt iuret quamuis nihil prorſus à reo probatum ſit, quoniam hoc ipſo vinci debet quod intentionem ſuam non impleuerit, ſatiſque ei indulgetur, quod propter præſumptionem quam pro ſe habet iurare cogitur reus, iam alioqui de litis victoria ſatis ſecurus. Quid ſi plenè probauerit? Diſtinguēdum eſt an reus quoque pleniſſimè probauerit

bauerit an non. Posteriore casu æquum non est deferri iusiurandum reo qui sit condemnandus, sed actori potiùs, quia vbi suâ ille intentionẽ probauit, fauorabilior est reo qui in suarum exceptionũ probatione defecit. Nec obstat quod suprà diximus, eum qui suam intentionem plenissim è probauerit non esse cogendum iurare, *dict. cap. 2. de probat.* id enim facit præsumptio, quæ est pro reo. Neque rursus obstat quod proximè negauimus iurare debere reum qui plenissimas suæ exceptionis habeat probationes. Nam obseruandum est hac parte fauorabiliorem esse reum actore in eo quòd actoré qui plenè non probauit, duplici iure potest vincere, & quia reus est, eique sufficit nihil aut minùs probasse actoré (cùm ex contrario actor qui vel nihil prorsus vel minùs plenè probauit, nunquá possit vincere) & quia plenioribus nitatur probationibus, quæ etiamsi pares essent, actoris tamen probationes superarent. Actor verò cùm nunquá vincat tanquá actor, cuius scilicet caussa hac parte minùs fauorabilis est, vno tantùm casu potest vincere, videlicet si plenas habeat probationes: ac proin de hoc vno casu æquum est iurare eum si aliqua sit pro reo præsumptio, ne alioqui nullo casu iuret, indéque eueniat vt dum cauemus ne duriorem actoris quàm rei cõditionem efficiamus hoc ipso duriorem cõstituamus caussam rei quam actoris. Siquidem illo etiam casu quo absolui reus deberet citra iusiurandum propter deficiétes actoris probationes, iurare tamẽ eum cogimus si modò aliqua sit pro actore præsumptio. Nec inutile erit iusiurandum hoc quod actori deferendum esse dicimus, cùm si referatur reo, futurum sit vt vincat ille, & propter autoritatem delati sibi à parte iurisiurandi, & quia actor etiamsi plenissimas habeat probationes, vinci adhuc potest, nimirum si reus quoque plenè probauerit. At ex contrario reus qui plenè probauit vinci nunquam potest, quia cæteris paribus potiorẽ habet ad vincendum caussam. Itaque vt posteriorẽ distinctionis partem tractemus, si vterque plenissimè probauerit ita vt ex cõflictu & paritate probationum caussa sit dubia, dico deferendum esse iusiurandũ reo non actori, hac vna ratione quòd cæteris paribus maior semper est pro reo quàm pro actore præsumptio vt vincere debeat. Illud autem perpetuum est vt iusiurandũ hoc necessarium quod purgationis esse diximus, ei deferatur cui minùs necesse sit iurare ad victoriã deferendam. In eóque nimirum versatur maximè, ni fallor, illa caussæ cognitio quæ requiritur in *d. l. 3. C. de reb. cred.* Quamuis non probem *Francis. Duar. lib. 2. Disp. ca. 33.* qui ad hunc vnum casum coarctauit vsum iurisiurandi huius necessarij. Habet enim locum quoties pro eo contra quem iuratur, aliqua præsumptio est quæ partis aduersæ probationibus, vt dictũ est, non elidatur. Apparet igitur ex cõmuni interpretum nostrorum errore potiùs quàm ex aliqua ratione profectum ius illud quo passim hodie vtimur vt ei qui semiplenè probauit, sine actor sit, sine reus, iusiurandũ hoc necessarium deferatur. Atque ideò quod notandum magis quàm mirãdum est, nõ solet Senatus Parisiensis eo iure vti, si *Paponio* credimus in *Syntagmat. Arestorum, & Rebuff. in præfat. ad constit. reg.* siue quòd iniustum absurdúmque id visum sit, siue quòd rerum magister vsus docuerit quàm faciles sint plerique hominũ ad peierandũ vel pro re quæ sit minimi momẽti. Alij quibus maior religio, aut potiùs superstitio fuit tot tantorúmq; interpretum sententiã corrigere, leuierũt duntaxat interpretatione, dubiámq; caussam dixerunt in qua is qui minùs plenè probauit, habeat tamen plus quàm semiplenã ptobationem: puta testem vnũ integrum, ac præterea aliũ minùs integrũ, aut alia quę-

dam indicia. Quod à Senatu Burdegalensi obseruari solitum testatur supradicto loco idem *Paponius Arest.* 9. Alij denique addiderunt, in eóque omnes conueniunt non esse iusiurandum hoc deferendum in causis arduis, puta si de matrimonio agatur, aut de crimine, sed tantùm in ciuilibus causis leuioribus. Post *Accursium* & *Bart. in l.* 3. §. *quacumque.* D. *de iureiur.* Pro qua sententia facit non malè *text. cap. ex insinuatione. Extr. de procurat.* vbi reuocatio mandati quæ coram duobus testibus facta esse dicebatur, per vnum testem probatur iuncto reuocantis iureiurando: nimirum, vt puto, quòd nulla ex eo sequatur condemnatio, sed tantùm vt appareat falsum procuratorem fuisse eum qui se vinci passus fuerat. Quæ res quoniam non tollit ius partis videtur modici esse præiudicij. Nisi probabilius quis putet ei rescripto pontificio caussam dedisse vulgarem interpretum errorem qui iam tum increbuerat, vt & illud quod de duplicis quartæ deductione scriptum est in *cap. Raynutius. & cap. Raynaldus. Extr. de testam.* Senatus noster ex receptissima interpretum sententia iusiurandum hoc passim admittit, si modò semiplena sit probatio, quæ præsumptionem facere possit, hoc est, quę contraria probatione non sit labefactata, aut nisi eius qui in probatione deficit, persona talis sit, cui propter infamiam iusiurandum deferri oporteat: semiplenam verò probationem intelligimus si vel vnus testis adsit, dummodo integer, omnique, vt loquimur, maior exceptione, si quid enim sit, vel minimum quod eius fidei detrahat, iusiurandum non defertur, sicut nec si caussa t ardua & magni momenti, nisi hoc casu adsit plus quàm semiplena probatio. vt Aymo Crauet. respondit consil. 198. num. 10. Quænam autẽ dicenda sit caussa ardua, vel leuior, quænam rursus dubia aut certa, nullis regulis definiri potest, sed facti quæstionem habet, quæ ex personarum & rei de qua agitur qualitate, arbitrio iudicis diiudicanda est. Sanè & quoties æquitas postulat, iusiurandum illud Iustinianeum & purgationis, de quo diximus, Senatus noster deferre solet, ei videlicet quem alioqui constet debere vincere: ita tamẽ vt non eo minùs liceat aduersario noua instrumẽta, adeóque nouas quaslibet probationes adferre, quibus fretus possit eum qui iurauerit superare. Sic enim ex tempore pronuntiatũ memini 3. Id. Feb. 1589. ex *d. l. admonendi* quæ hoc potissimùm casu procedit. Tametsi cùm is qui iureiurando exacto cõdemnatus est, non nisi nouis instrumentis nititur, quæ post iusiurandum præstitum à se inuenta profiteatur: nulla, vt puto, hac parte differẽtia sit inter iusiurandum hoc purgationis, & cætera, quemadmodum ex sequentibus clariùs intelligetur.

ERROR QVINTVS.

De lite post iusiurandum præstitum ex nouis instrumentis retractanda.

POST decisam iureiurando controuersiam, nec de periurio supereſſe quæstio potest, nec periurio præiudicium vllum fieri *l. 1. l. an duobus* 28. §. *vlt. & pass.* D. *de iureiur. l. 1. C. eod. l. quod si deferente* 21. *cum seq.* D. *de dolo.* Iusiurandum enim siue voluntarium sit, siue iudiciale trãsactioni comparatur, *l. 2. D. de iure-*

iur.

iur. Transactio autem sub prætextu instrumentorum licèt posteà repertorum irrita fieri non potest *l. sub prætextu* 19. *C. de trãsact.* sicut nec sub prætextu specierum, hoc est rerum quæ transactionis tempore ignorabantur, si modò comprehendi possint illæ sub earũ genere, de quibus generali transactione actum est (nam ad eas, de quibus cogitatum non fuit, extendi transactio alioqui non posset *l. si de certa re* 31. *C. eod. l. cùm Aquiliana* 4. *D eod.*) Quæ sententia est *l. sub prætextu specierũ* 29. *C. eod.* in qua malè vulgò *specierum* interpretantur *instrumentorum.* Comparatur etiam iusiurandũ rei iudicatæ, adeóque maiorem habere dicitur autoritatem quàm res iudicata *d. l.* 2. *D. de iureiur.* Nempe quoniam & post rem iudicatam appellatio interponi potest *l. & post rem* 7. *l. post rem* 11. *D. de transact.* At à iurisiurandi præstatione nec is appellare potest qui detulit, nec qui iuravit *l. generaliter. pen.* §. 1. *C. de reb. credit. & iureiur.* Porrò nec res iudicata rescindi potest sub obtentu instrumentorum posteà repertorum, *l. sub specie. C. de re iudic. l. Imperatores* 31. *D. eod. l. cùm de hoc* 27. *D. de except. rei iudicat.* Ergo neque iusiurandum. Idque est quod ait *l.* 1. *C. de reb. credit. & iureiur.* nec prætextu periurij retractari posse causam quæ iureiurando aut voluntario, aut iudiciali decisa sit, id est, ne quidem prætextu instrumentorum aut aliarum probationum, ex quibus doceri possit de periurio, imò nec si alia species actionis ex eadem tamen causa proponatur *dicta l. in duobus.* §. *exceptio. &* §. *quæ iuravit. D. eodem.* De illo enim duntaxat quærendum est an iuratum sit: nec audire iudex debet eum qui tentare velit an periurium probare possit, *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus. in fine. D. eodem.* Quid ergo si quis legatum fortasse vel fideicommissum petens ex testamento nondum repetto, aut quod amissum putabatur, iurauerit deferente herede sibi relictum esse quod petit, atque ita obtinuerit, cùm ex testamenti tabulis posteà repertis appareat nihil prorsus ei datum fuisse à testatore? annon iniquissimum sit, adeóque ridiculum retinere eum legati vel fideicommissi iure quod nec ciuilibus nec precariis verbis relictum fuit, ob hoc solùm quòd impudenter peierauerit? Ita sanè est. Ob eámque causam cùm hæc quæstio apud veteres iuris autores controuersa esset, nonnullis plus periurio iurisque rigori quàm æquitati tribuentibus, placuit Iustiniano in *l. vltima. C. de reb. credit. & iureiur.* vt quod ex periurio suo actor consecutus fuerit, restituere tanquam indebitum compellatur, an fortassis fauore vltimarum voluntatum? Sic equidem nonnulli existimant. Quasi in *iis*, quæ pendent ex testamento quod nec visum, nec lectum sit, mihor esse debeat iurisiurandi potestas. Exemplo etiam transactionis, quæ si fiat non lectis verbis testamenti hoc, ipso nulla est *l.* 1. §. 1. *D. testamen. quemadmod. inspic. l. de his* 6. *D. de transact.* adeóque ex codicillis posteà repertis facilè fit irrita *l.* 3. §. *cùm transactio. l. non est ferendus* 12. *D. eod.* Sed videamus ne non satis rectè hoc dicatur. Nam cùm nescitur vbi scriptura testamenti sit, & de legato nihilominùs contenditur, quod facto per nuncupationem testamento probari per testes potest, fieri certè nequit vt de lite transigatur cognitis perspectisque verbis testamenti. Ideóque casu isto admittendum est vel non esse locum supradictæ regulæ, vel quòd sit longè improbabilius, de huiusmodi controuersia transigi nullomodo posse. Sed & obseruandum illud est non negare Iustinianum quin valuerit ab initio iusiurandum super legato interpositum priùs quàm de testamento constaret, sed illud tantùm constituere, vt si contra testamenti veritatem iuratum fuisse ex

poſtfacto appareat, non profit victori peieraſſe. *Ne cui*, inquit, *ex delicto impium ſibi lucrũ adferre legibus noſtris concedatur.* Quæ ratio ſicuti generalis eſt, ita & ad cæteras quoque ſpecies omnes quibus conuenit, accommodari debet ea Iuſtiniani conſtitutio arg. *l. illud 32. D. ead. leg. Aquil. l. 3. §. vnde. D. de inuſt. rupt.* Finge enim cùm à te peterem centum, quæ tibi à patre meo aut alio cuius heres extiterim, credita dicebam, iuraſſe te ſiue ex conuentione, ſiue deferente me in iudicio non fuiſſe ſibi credita, nec quicquam te patri meo vnquam debuiſſe, atque ita ſecutam abſolutionem. Si poſteà repertum chirographum exhibeam, aut inſtrumentum creditæ pecuniæ publica etiam fide ſubnixum, quis tam euidenti periurio tuo vſque adeò fauendum exiſtimet, vt neget permittendũ mihi eſſe cauſſam ex integro agere, centúmque illa petere? Idémque ex contrario tractari poteſt ſi iurauero is debere me tibi centum quæ patri meo credideris, & poſt factam ex cauſſa iuriſiurandi, ſecutique iudicati ſolutionem, apocham nactus ſim quam tu paucis fortaſſe antè menſibus vel annis patri meo, abſente & ignorante me, tradideras. Cur enim pecuniam meam ex falſa peierati mutui cauſſa retinere tibi liceat, quam ſi tibi ſoluta eſſet tanquam legata poſt iuſiurandum à te præſtitum retinere nullomodo poſſes? Mouet me præterea quod in *dict. l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* quæ cauſſam iureiurando voluntario aut iudiciali deciſam prætextu periurii reſtaurandam eſſe negat, exceptionem hanc Imperator Antoninus ſubiecit *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur.* Quænam enim, obſecro, alia exceptio ad eam regulam iuſtior & ſanctior eſſe potuit? Niſi fortè quis putet verba illa Triboniani eſſe reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem in *dict. l. vlt.* Quod etſi nec nouum fuerit, nec improbabile, vt ad finem capitis dicemus, ſi tamen contendas eſſe Antonini, planè non video quam poſſint habere interpretationem ſi noſtra reiiciatur. Nam ſi dicas exceptum intelligi, iuſiurandum neceſſarium quod à ſolo iudice in dubiis cauſſis defertur citra petitonem & voluntatem eius contra quem iuratur *l. 3. C. eod.* in quo genere iuriſiurandi receptum eſt, vt propter noua inſtrumenta ex integro agi cauſſa poſſit *d. l. admonendi 31. D. eodem.* non erit exceptio accommodata ad regulam, quæ non eſt de iureiurando neceſſario, ſed de voluntario tantùm & iudiciali. Sed & mouet me non parum, quod in *dicta l. admonendi* traditur, Interdum etiam poſt exactum iuſiurandum permitti conſtitutionibus Principum ex integro cauſſam agere, nimirum ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus ſolis nunc vſurus ſit. Quod enim ibidem ſequitur, eas conſtitutiones tunc videri locum habere, cùm aliquis à iudice abſolutus fuerit poſt præſtitum iuſiurandum neceſſarium, ſed ſi aliâs inter eos iureiurando tranſactum ſit negotium non concedi eandem cauſſam retractare. Ego non dubito quin Triboniani inſcitiam prodat magis quàm Caij elegantiam, non ſolùm ſi verborum contextum intueare, ſed etiam ſi ſententiam. Apparet enim iis verbis interpretationem fieri conſtitutionum, Conſtitutiones autem de cauſſa per iuſiurandum deciſa indiſtinctè locutas fuiſſe, alioqui non erat cur ita ſcriberetur, *ſed hæ conſtitutiones tunc videntur locum habere*, ſi nominatim de iureiurando neceſſario Principes reſcripſiſſent. Porrò facta ſimpliciter iuriſiurandi mentione non intelligo cur ad tertiam & poſtremam eius ſpeciem coanguſtari debeant, cùm duabus aliis ſpeciebus æquè propriè cõueniat iuriſiurandi appellatio. Eóque accõmodatiùs in propoſito, quòd vix alio vllo Pandectarum loco reperias mentionem

fact ꝙ m

factam iurisiurandi necessarij à iudice deferendi. Multóq; minùs traditum, licèt verum sit quod de voluntario & iudiciali passim scriptũ est, post exactum iusiurandũ necessarium de periurio quærendũ non esse. Sed nec credibile est adeò dubiè scriptũ fuisse Caium, sed multò certiore iuris scientia sic potiùs *ha constitutiones tunc locum habent.* Adde quòd & sequẽtia illa prorsus inepta sunt *cùm à iudice quis absolutus fuerit*, si de necessario tantùm iureiurãdo generales Principum constitutiones intelligere Caius voluit. Nam & exacto iudiciali iureiurando idem accidit vt à iudice absoluatur qui deferente aduersario iurauit se non debere. At neque necessariò semper cõueniunt. Quid enim si non reo sed actori delatũ sit, isque iurauerit? Non de absolutione tractandũ erit, sed de condemnatione actoris q; victoria *l. 2. D. de re iudic.* Sequitur enim solere sæpe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundùm eum iudicare qui iurauerit, ac proinde non semper secundùm reum, sed plerumque etiam pro actore si ei potiùs quàm reo deferendũ iusiurandum videatur, quod in causæ cognitione positũ est *d. l. 3. C. eod. tit.* Rursus quod subiicitur *quod si aliàs inter ipsos iureiurando transactam sit negotium*, non satis exprimit an de voluntario tantùm an de iudiciali quoque ipsum intelligi debeat. Cùm enim iudiciale intercesserit, transactum quidè dicitur negotium, at nõ inter litigatores, vt cùm ex ipsorũ pactione, sed ex autoritate iudicis *l. 1. D. eod.* In qua obseruandũ est duplicis dũtaxat iusiurãdi habitã mentionẽ, nõ etiam tertij quod necessariũ appellamus, nisi sub iudicialis qui q; nomine velis cõtineri ob id quod à iudice deferatur. Postremò verba illa legis vltima *nõ cõcedetur eãdẽ caussã retractare*, legum Codicis & Iustiniani præsertim, potiùs q̃ vllius ex Iureconsultis elegantiam sapiũt, cùm sit posita pro eo quod in principio legis scriptum est *causam ex integro agere.* Itaque nisi me valdè fallo, tota hæc interpretatio, vt iam in superioribus præmonui, Triboniani est, nõ Caij, qui non abs re admonendos nos putauit, interdum etiam post exactum iusiurandum permitti constitutionibus Principum ex integro causam agere ne generalis regula quæ in contrarium extat, incautum quem deciperet. In his enim quæ sunt ex bono & æquo contra receptas iuris regulas iudicanda plerumque sub autoritate iuris scientiæ pernicioſè erratur, *l. si seruum 91. §. sequitur. de verbor obligat.* Quisnam verò casus ille sit subinde Caius exponit *siquis inquit, noua instrumẽta se inuenisse dicat, quibus nũc solis vsurus sit.* Primùm ergo requiritur vt instrumentis non testibus periurium probetur, credo, ne alioqui fieri sit condemnato testibus hinc inde conquisitis & pecunia quave alia ante redemptis periurij probationem comminisci, atque ita probi fortassis viri qui iurauerit religionẽ famamq; prestringere. Et in hoc errans iam olim Labeo qui periurij probationes quascumque admittebat vt cõtra peierantẽ daret actionẽ de dolo, à cæteris meritò notatus est *d. l. quod si deferente 21. D. de dolo.* Alterum est vt instrumenta sint noua, hoc est post præstitum iusiurandum reperta, idque dicat ipse qui causam vult ex integro agere. Dicat autẽ non verbotenus, sed ex animo & bona fide. Etenim quid si is qui instrumentum habebat ex quo decidi statim controuersia poterat, non solùm exhibitionem dolo malo distulerit, sed etiam iusiurandum ea mente detulerit vt certum periurij crimen aduersarius incurreret? An non sit improbissimus & dignus qui hoc ipso litis iacturam in perpetuum patiatur? Ergo ne delinquendi occasio detur, commodissimum erit id obseruari, vt qui se noua

inſtrumenta inueniſſe dicit, iuret ita eſſe, purgétque ſe de dolo malo, quod noſtri iuſiurandum purgationis appellant. Sic enim & *Bartolus* ipſe tradidit ad *d.l.admonendi* quem ſequitur *Guid. Pap. queſt.* 244. *num.* 3. Tertium eſt vt victus proteſtetur iis ſolis inſtrumentis ſe vſurum, quæ noua inuenerit. Ex quo apparet debere inſtrumenta eſſe eiuſmodi ex quorum ſola exhibitione periurium probari poſſit. Nam ſiue alias probationes concurrere neceſſe ſit, quæ non ita ſint in promptu, ſiue præcedentes ex quibus poſſit nouis inſtrumentis adminiculum aliquod accedere, non eſt audiendus qui quærere vult de periurio. Exemplum autem apertiſſimum ſumi poteſt ex *dict. l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur.* & aliis caſibus quos ſuprà retulimus. Quibus omnibus commune illud eſt vt ex ſola inſtrumenti vnius editione de periurio euidentiſſimè appareat: quod ipſum tamen eò pertinet, non vt qui malè iurauit de periurio condemnetur, ſed vt perinde acſi non iuraſſet vincatur. Nec diuerſum erit ſi in eandem rem plura inſtrumenta exhibeantur. At fingé, Cùm à te centum peterem quaſi tibi à patre meo credita non tam in iuraſſe re non fuiſſe tibi credita, ſed etiam quod plus eſt nihil te mihi debere, delato ſcilicet de ea re iureiurando. Si proferam inſtrumentum creditæ pecuniæ, non idcirco mihi cauſſam ex integro agere permittendum erit, quia cùm eo ſolo vti debeam, fieri non poteſt vt profit mihi ad victoriam. Siquidem non probat centum te nunc debere, ſed aliquando debuiſſe. Atqui fieri poteſt vt debueris & ſolueris. Etſi autem ſolutio quæ facti eſt non præſumitur niſi probetur *l. conſilio* 7. §. *vltim. D. de curat. furioſ.* quia tamen hæc facti quæſtio ex ſolo inſtrumento decidi non poteſt, conſequens eſt vt ſub prætextu eius inſtrumenti periurio tuo præiudicium mihi facere non liceat. Id émque ſimilium eſto iudicium: quamobrem attentè hîc conſiderare iudex debet quibus verbis delatum ſit iuſiurandum & præſtitum, vt ſciat an ſuper tota cauſſa debiti iuratum ſit nécne, *dict. l. ſi duo* 13. § *idem Iulianus. & §. ſi quis iurauerit, dict. l. in duobus* 28. §. *ſi ei quo & §. igitur ſi quis iurauit l. ſi actor* 36. *l. iuſiurãdum à debitore* 40. *D. de iureiur.* Alioqui ſi quoties dolo malo iurantis aliquid factum eſſet, liceret cauſſam ex integro agere, vtique de periurio quæſtio ſemper ſupereſſet, cùm ſemper dolo faciat qui peierat, & periurij reus ille demùm ſit qui ſciens fallit, ſecundùm veterem iuriſiurandi formulam à *Iacobo Cuiacio* relatam *lib. 1. Obſer. capit.* 21. Propter quod nec peierare pupillus dicitur quia ſciens fallere non videatur *l. qui iuraſſe* 26. *eod.* nec contra peierantem dabat Labeo aliam actionem quàm de dolo *dict. l. quòd ſi* 21. *de dolo.* Et tamen negari non poteſt quin Iuſtinianæ conſtitutio in *dict. l. vltim. C. eod.* ſuis circumſcripta ſit limitibus, non vt ad vltimarum diuitaxat voluntatum fauorem reſpiciat, vt vulgò interpretes & pragmatici malè ſentiunt, ſed vt ad eos tantùm caſus pertineat in quibus vt in illo qui proponebatur, tota periurij probatio nouorum inſtrumentorum fide concludatur. Ita enim fiet vt de periurio non facilè quidem quæratur *l. vltim.* D. *de in lit. iur.* ſed tamen quæratur aliquando, id eſt cùm euidens æquitas ſuggerit *dict. l. admonendi* & *dict. l.* 1 *& vltim. C. de reb. credit. & iureiur.* Neque eo minùs ſubſiſtit comparatio illa quam initio admiſimus iuriſiurandi, tranſactionis & rei iudicatæ. Imò verò iuriſiurando longè plus quàm cæteris tribuimus. Non enim ob dolum quemlibet de periurio quæri poſſe volumus: cùm tamen dolus quilibet ſi modò ſit

dò sit ex proposito, vt nostri loquuntur, iustam causſam præbeat rescindendæ transactionis. Nam eas demùm transactiones ratas lex habet, quæ non per vim vel per dolum, sed bona fide interpositæ sint *dicta l. sub pratextu l. interpositas* 13. *& passim C. de transaction.* Sicut & aduersus rem iudicatam nihil prohibet dari restitutionem negotii ex causſa & permittente Principe sub obtentu præsertim nouorum instrumentorum, non tantùm in negotio reipublicæ *dicta l. Imperatores* 35. *de re iudic. aut papilli* 3. *C. de iur. reipublic. li.* 11. quibus ecclesiam quoque nostri comparant post *Baldum in d. l. sub pratextu.* sed etiamsi inter priuatos agatur, adeoque tametsi noua instrumenta nulla sint si dolo victoris circumuentam iudicantis religionem probetur *l. Diuus* 33. *D. de re iudicat. l. prætor* 75. *versſ. Marcellus notat D. de iudic.* Eóque iure passim vtimur. Caterùm non ita facilè induci potuisse vt quasi tumultu æquitas suggereret de periurio vllo casu quæreretur, ex eo intelligimus quòd necessariæ in eam rem fuerunt constitutiones Principum, quas Caius refert in *d. l. admonendi.* Itémque *dicta lex vltim. C. eod.* denique legis autoritas, vt loquitur *d. lex* 1. *eod.* Eas porrò constitutiones non minùs de iudiciali quàm de necessariò iureiurando intelligi debuisse quicquid Tribonianus scripserit ex illo constat quòd non sit minùs fauorabilis qui iurat deferente iudice, quàm qui deferente aduersario. Imò fauorabilior hoc ipso quòd aliis probationibus nititur, ideoque, si pragmaticis credimus, litis expensas obtinet, quas deferente aduersario iurans non obtineret, vt sequenti capite dicemus. Taceo quod dici solet in iudicijs quasi contrahi *l. 5. §. idem scribit D. de petit.* & quod à iudice fit à parte persæpe factum videri *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit. l. si ob causſam* 13. *C. de eunct.* Denique si ponas tam ab actore quàm à reo plenè probatam cuiusque intentionem, vt sit interdum, maximè si testibus contendatur, ob idque dubiam esse causſam, vt iis ex alterutri iusiurandum deferre debeat ex *dicta l. admonendi.* Quæro quomodo fieri queat vt post exactum iusiurandum noua instrumenta victus proferat, quibus solis vtendo possit vincere? Siquidem probationibus reiectis relinquetur necessariò, vt qui antè iurauit & vicit, iterum vincere debeat etiam citra iusiurandum, quippe qui probationes plenas habeat nulla contrariarum comparatione labefactatas: aut si contingat ex nouis instrumentis liquidò quoque probatam victi intentionem, non ideò tamen fiet vt qui ex altera etiam parte plenè probauit, vinci debeat. Quid ergò facere iudex possit in causſa iterum dubia, nisi vt rursus deferat iusiurandum? Cui verò? an illi qui iurauerit? Minimè. An ei contra quem iuratum fuerat? Multò minus. Hoc enim ne in iudiciali quidem iureiurando obtinere potest, vt iusiurandum vnius periurio alterius præiudicium faciat *d. l. in duobus* 28. *§. vltim.* Etgo vel hoc saltem casu fatendum est non posse verum esse quod de iureiurando necessario traditum legimus in *dict. l. admonendi*, & consequenter Triboniano potiùs quàm Caio adscribendum esse. Quamuis nec sibi Tribonianus ipse constiterit qui in *d. l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* vbi agitur tantùm de iureiurando iudiciali & voluntario, de suo adiecerit exceptionem, quæ sanè ab Imp. Antonino adiici non potuerat *nisi specialiter hoc lege excipiatur* cùm nulla adhuc tum lege exceptum quicquam esset.

ERROR SEXTVS.

De sumptibus litis iureiurando iudiciali decisa.

REGVLA iuris est frequentissimè in iudiciis vsurpata, victum victori in expensas litis condemnandũ esse, *l. eum quem temerè 79. D. de iudic. l. properandum 13. §. sine autẽ alterutra. C. eod.* Nec alias ferè admittit exceptiones quàm si vel mutua fuerit colligantium victoria, quę proinde expensarum compensationi locum faciat arg. *l. fin. § penul. D. de eo per quem fact. erit. l. si duo 36. D. de dolo. l. dominum 57. §. vlt. de contr. empt. l. viro 39. D. solut. matrim.* vel iustam litigandi caussam habuisse videatur is qui victus est, quod plerunque & ex variis caussis potest contingere *l. qui solidum 78 §. etiam. vbi Bartolus & cæteri de legat. 2.* Sed obseruandum tamen est eo casu non debere iudicem pronuntiare compensandas esse expensas, in quo plerique iudices per imperitiam errant. At potiùs nullum expensarum condemnationi locum esse, quod vulgò dicimus *sans despens.* Quid ergo si quis aduersario inficianti (nam adfirmanti qui quod asseuerat probare omnino debeat, vix est vt nisi per iuris imperitiam nimiámque stoliditatem iusiurandum quis deferre velit, vt in *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l. 5. D. eod. l. post quam 5. § si dies. D. vt legat. nomin. caueat.*) iurare permiserit, eóque iurante victus fuerit? Placuit nonnullis post *Accurs. in l. generaliter penul. §. his de præsentibus. ver. an ab altera. C. de reb. credit.* hoc etiam casu locum esse regulæ, quasi imputare sibi debeat & facilitati suæ expensum ferre qui iusiurandum vltrò detulit, arg. *l. si seruus iurauerit 27. D. de iureiur.* Sed displicuit hæc sententia Senatui. Nec immeritò. Abundè enim sufficere victori debet quod probandi necessitate in totum exoneretur, vt in quæstione non valde dissimili Paulus tractat in *l. eum qui 30. eod.* quódque in caussa sua veluti iudex fuerit constitutus *l. 1. & 2. l. non erit 5. §. dato & pass. eo. tit.* Expensarum enim condemnatio non propter lucrũ vincentis, sed in pœnam temerè litigantis infligitur *d. l. eum quẽ temerè. §. hæc autem. Instit. de pœn. temer. litig.* Nemo autem dixerit temerè litigasse eum qui non nisi per aduersarii iusiurandum victus sit, cùm fieri possit vt qui iurauit peierauerit, nec eò minùs tamen vicerit. Nimirum quia posteaquàm solennitèr, & ritè iuratum est, de periurio quærendum non est, sed de illo duntaxat an iuratum sit *l. 1. C. de reb. credit. & iureiur.* contemptáque sacrosancti iurisiurandi religio Deum solum vltorem habet, *l. 2. eod.* vbi quod scriptum est *satis Deum vltorem habet*, sic accipi debet, vt & solũ eum vltorẽ habeat. Quòd si victus sit non qui iusiurandum detulit, sed qui retulit deferenti, multò magis admittendum est sumptuum condemnationẽ fieri nullam oportere. Nam præter id quod relatio ipsa delatio est, videri etiam potest fauorabilior qui refert, vel ob hoc maximè quod iusiurandum delatum referre vt plurimùm illi soleant, qui diuini numinis metu ad superstitionem vsque sunt timidiores, quemadmodm Vlpianus scribit in *l. qui sub conditione 8. De condic. instit.* In quam tamẽ partem peccare longè turpiùs est ac modestiùs, & Christiano præsertim homine dignius, quàm religionis contemptu facilitatem iurandi præ se ferre *l. illud 25. §. 1. D. de constit. pecun.* Propter quàm caussam & necessarium dici nõ malè potest iusiurandum huiusmodi quod refertur, quoniam

& ab

& ab inuito eo qui iurare non vult deferendum eſt, *l.manifeſtæ* 38. *D.de iure-iur.l.delata* 3.*C.eod.*& ab inuito eo,qui prior detulerat ſuſcipiendum *l.iuſiurandum*34.*§.datur autem. D.eod.* Cùm ex contrario quod primùm defertur, ſit voluntarium,quia nec niſi à volente defertur,nec niſi volenti, in cuius nimirum poteſtate eſt recuſare ſi modò referre malit *d.l.iuſiurandum.in prin.d. l.generaliter* 12 §.1.*C.eo.*quamuis vtrunque noſtri iudiciale vocent,voluntariũ appellantes magis propriè quod ex cõuentione deſcendit, & de conſenſu vtriuſq; partis extra iudicium præſtatur,de quo *in l.*1.*eo.l.*1.& alijs pleriſq; locis *D.eo.*Cauendum tamen diligenter eſt, ne cum vulgaribus pragmaticis erremus,ſi quod diximus de remittenda expenſarum condemnatione cùm lis per iuſiurandum deciſa eſt, tam generaliter & indiſtinctè accipiamus,vt non certis veluti finibus coarctetur. Toties enim id obtinet quoties non aliam vincendi cauſſam habuit qui iurauit,quàm quòd iurauerit. Cæterùm ſi ſuã intentionem alunde fundatam habuit,inquiſſimum ſanè futurum ſit, & cõmunifcendis fraudibus aptiſſimum , ſi temerario & improbo litigatori ad euitandam expenſarum condemnationem velut remedij loco liceat poſt varios fortaſſe litium anfractus iuſiurandum deferre. Finge eũ qui ex proprio chirographo aut ex inſtrumento publico & garentigiato, vt aiunt,conueniatur,poſt pleraſq; friuolas exceptiones oppoſitas in ipſo procinctu condẽnationis obiicere exceptionẽ factæ ſolutionis,cuius nullas prorſus habeat probationes, ex eáq; cauſſa delatũ fuiſſe actori iuſiurandũ.Si actor iurauerit nihil ſibi ſolutũ fuiſſe,non eo minùs expenſas litis conſequetur, quia etiã citra iuſiurandũ in eo fuit vt vincere debuerit, niſi fortè proponas ante contractã in iudicio morã,nulliſq; præcedentibus tergiuerſationibus delationẽ iuriſiurandi ſuper exceptione ſolutionis factã eſſe:Finge rurſum diuerſis à reo obiectis exceptionibus ſuper quibuſdam iuraſſe actorem , ſuper aliis,nec delatum fuiſſe iuſiurandum,tandémq; ſecutam rei condemnationem. Perinde ad omnes expenſas reus condemnabitur acſi nihil iuratum eſſet , idémque multò magis tractari poteſt contra actorem,ſi is per viam replicationis iuſiurandũ reo detulerit,qui alijs quoque fretus exceptionibus actorem ſuperarit. Nam neque iurare cogitur qui alia ratione litis victoriam poteſt ſibi comparare. Eo demũ igitur caſu delatio præſtatióque iuriſiurandi inducet expenſarum compenſationem,quo ſolum iuſiurandum victoriam pepererit, nec alia de cauſſa ſiue actor,ſiue reus victor euaſerit quàm quia iurauit.Atque hoc iure paſſim Senatus noſter vtitur.

ERROR SEPTIMVS.

De ſumptibus litis per iuſiurandum,vt vocant,ſuppletiuum deciſæ.

AT ſi de iureiurando nec voluntario,nec iudiciali,ſed neceſſario,&, vt vocant,ſuppletiuo tractetur, alia maiórque dubitatio eſt,an victori ſumptus litis vlli debeantur. Dubitandi autem ratio illa eſt,quòd hoc quoque caſu perinde dici poſſit ſufficere debere victori quòd probandi neceſſitate exoneratus ſit *l.eum qui.D.de iureiurand.* quódque vicerit ex probatione,vt loquun-

tur, priuilegiata. Cùm sit perpetuum vt citra iurisiurandi præstationem condemnandus sit is qui ad implendam probationum fidem iusiurandum suscipit. Nam si plenæ probationes suppetant, iniquè decernit iudex si vltrò nullâque cogente ratione improbi fortasse hominis religionem lubrico periurij velit credere, aut probum, sed modestum & religiosum virum cui litis iacturam multò libentiùs passurus sit quàm iuraturus, iurandi necessitate obstringere. Atque ita *Baldus* sensit ad *Auth. generaliter Cod. de episcop. & cleric.* eum qui ex iureiurando huiusmodi suppletiuo victus sit, sumptuum nomine condemnari non oportere. Sed alio iure pragmatici nostri vtuntur. Ea ratione quòd non ex solo victoris iureiurando sequatur hoc casu vt superiore condemnatio, sed ex probationibus quoque præcedentibus, quæ licet minus integræ, non vsque adeò tamen tam parui sunt momenti, quin veritatis præsumptionem inducant, sine qua nec volens iudex deferre iusiurandum posset ex *lege admonendi 31.* cuius hanc volunt esse *sententiam D. de iureiurand.* Hancque sententiam contra *Baldi* traditionem in supremis Galliarum curiis passim receptam esse testatur *Rebuffus* diligentissimus Gallorum pragmaticus *in tract. De expens. damn. & interess.* & à Senatu nostro quàm sæpissimè probatam fuisse scio, Me tamen pro *Baldo* reluctante. Tantum enim abest vt eum contra quem iusiurandum hoc suppletiuum defertur præstatúrque, in vllas litis expensas condemnandum esse putem, vt nec mihi persuadere vllomodo possim, iusiurandum hoc deferri vnquam debere, cùm quisquis in probanda sua intentione mancus est, siue actor siue reus ille sit hoc ipso succumbere debeat, adeóque in litis sumptus omnes condemnari si iuris rationem prudentúmque sententias interpretum traditionibus præferamus, vt prioribus huius Decadis capitibus à nobis fusiùs disputatum est. Etsi autem non ignoro quæstionem hanc ex earum numero esse in quibus communis error ius facit, nihilque in foro nostro esse receptius, quàm vt ei qui non nisi semiplenè probauerit siue actor siue reus sit iusiurandum hoc deferatur, mihi tamen videretur error ille coarctandus esse potiùs quàm diffundendus. Hactenus saltem vt is qui ex proprio iureiurando & testimonio contra manifestissimam iuris rationem litis victoriam sibi peperisset, à petenda expensarum condemnatione abstinere, latísque cuius iacturam facere debuerat lucro contentus esse iuberetur. Maiórque sanè ratio suaderet vt cùm ex iureiurando iudiciali & decisorio lis decisa est, expensarum condemnationem pateretur is qui detulisset, quod nos tamen superiore capite negauimus. Imputari enim potest ei qui iusiurandum detulit cur detulerit si alia ratione intentionem suam probare potuit: quod si non potuit, est quod tantò faciliùs expensarum condemnationem patiatur, quam vtique perinde incursurus erat etiamsi iusiurandum non detulisset. At ei contra quem iusiurandum suppletiuum præstatur nihil imputari potest, cùm & aduersus inuitum, & vltrò petenti per iudicem deferatur. Illud sanè minùs displicet quod pragmatici fatentur, Non aliter sumptuum condemnatione mulctandum esse eum contra quem iusiurandum suppletiuum præstatur, quàm si factum, de quo probando agitur, tale sit cuius veritatem probabiliter ignorare non potuerit. Quid enim si tanquam heres quis conueniatur ex pacto de retrouendendo quod à defuncto ante multos annos conuentum proponatur? Admittunt non

esse

esse hunc in expensas litis condemnandum nisi quæ factæ sint post apertas testationes, quod nos dicimus, *apres les enquestes ouuertes, & publiees*: quia nec si plenissimæ probationes essent, condemnaretur, vt hac parte vtro que casu paria sint omnia. Est enim alieni facti ignorantia semper probabilis *l. vlt. D. pro suo*. Ab eo autem tempore quo apertæ sunt testationes cessante alieni facti ignoratione quæ in eum vsque diem probabilis fuerat, bonam fidem agnoscere, inquiunt, debuit hic qui scire cœpit, quid à defuncto conuentum promissumque esset. Ego verò ne harum quidem expensarum condemnationem iustam esse admitto. Nam qui ex apertis testationibus didicit non nisi tempestè probatam fuisse actoris intentionem, tanto minùs impro bè litigasse credendus est si in lite perseuerauerit, ratus fore vt actor qui in probationibus suis deficeret condemnari ipse ex iuris ratione deberet, nisi velis ei imputare quòd nescierit, aut non crediderit futurum, vt apud probos doctosque iudices communis interpretum error ius facere vnquam posset.

ERROR OCTAVVS.

De iurisiurandi delati relatione.

MANIFESTÆ quidem turpitudinis est, & confessionis, nolle iurare nec iusiurandū referre, *l. manifestæ 38. D. de iureiu. l. delata 9. C. eod.* Sed non est tamē hoc perpetuum. Quid enim si deferat is, qui deferendi ius non habet? puta pupillus cui data non est rerū suarū administratio, aut procurator cui mandatū duntaxat fuerat vt peteret, non etiá vt iusiurādū deferret? Non cogetur reus iurare, nisi ponas procuratoré hunc habuisse bonorū vniuersorū administrationē, aut in rem suam procuratorem constitutū, qui ipse domini loco habeatur *l. sed si tantum 13. §. 1. D. de pact.* Alioqui mādatum speciale requiritur *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. & vlt. cum ll. seqq. D. de iureiur.* Mandato siquidem generali numquam censetur data transigendi, decidendique negotij potestas, *l. mandato 60. D. de procurat.* Ideóque nec is cui mandata est caussæ actio transigere poterit aut iusiurandum deferre, quia inter caussæ actionem & litis decisionem permultum interest *l. trāsactionis 7. C. de transact.* sicut nec ei solui potest, nec habet ille iudicati actionem *l. hoc iure 86. D. de solut.* quamuis dici soleat fieri eum dominum litis à tempore contestationis *l. ab executore 4. §. vltim. D. de appellation. lege procuratoribus 22. & l. sequen. Cod. de procurat.* Aliud enim est dominum esse litis quæ alieno nomine exercetur, aliud dominum esse rei, de qua lis pendeat. Quid ex contrario si aut pupillo aut procuratori qui non speciale in eam rem mandatum habeat, iusiurandum delatum sit? Non sunt cogendi iurare *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. pupillo cum seq. D. de iureiur.* quia nec de alieno facto iurare quisquam compellitur *l. Marcellus 11. §. iurare, D. rer. amot.* nec sub alieni compendij emolumento anceps periurium subire, *l. videamus 4. D. de in lit. iur.* quamuis nihil vetet procuratorem, si velit, iurare tanquam

dominum litis, in eius tamen commodum cuius nomine litem contestatus *l. vulgo 7. D. de cod.* imputetque sibi qui ei detulit cùm domino deferre deberet. Quod si factum esset, vtique non magis procuratori liceret iurare, quàm iusiurandum deferre, adeóque nec si specialiter id ipsi mandatum proponeres. Iurare enim per se non per alium debet quisquis delatum iusiurandum suscipit. Quòd si valetudine aut qua alia causa impediatur, ne ad iudicem venire possit, permittendum ei est vt iuret in qua degit prouincia, dummodò præsente aduersario, vel ipsius procuratore, *l. generaliter 12. §. his de præsentibus. C. de reb. credit. & iureiuran.* quod & in iureiurando de calumnia olim obtinebat, *l. 2. §. sin autem absuerit. c. de iureiur. propt. calumn. dand.* Quid rursum si deferatur sibi iusiurandum eo loco in quo iudicium accipere cogi non potes? Nec iurare cogeris, nec referre, *l. tutor 33. §. vlt. de iureiur.* Quod interpretes plerique protrahunt ad omnes eos qui fori exceptione habent, vt neque partis interrogationibus, nec positionibus respondere compellantur. Quid si cùm exceptionem non numeratæ pecuniæ obicere non posses, vel ab initio, vel post elapsa tempora, iusiurandum deferas? Non potes *l. in contractibus 14. §. videlicet. c. de non numer. pecun.* eóque iure vtimur, licèt in Parisiensi Senatu contrà iudicatum referat *Papo nius in Syntagmate illo Arestorum.* Quid si spatium aliquod dandum sit vt certioretur is cui iusiurandum defertur, licéne postea iurare? Non est interea vrgendus & præcipitandus *d. l. iusiurandum 34. in princip. D. de iureiur.* Itaque supradictis omnibus casibus & aliis nonnullis quos nostri post *Bartolum* congerunt ad *d. l. manifestæ* apparet non semper turpitudinis esse aut confessionis nolle iurare, nec iusiurandum referre. Addo aliam exceptionem si is cui iusiurandum defertur paratum se dicat ea omnia probare siue instrumentis siue testibus quæ ad litis victoriam possint sufficere. Cur enim aut iurare cogatur qui per modestiam, & religione magis quàm conscientia ductus iurare nolit? *l. illud aut illud 25. §. 1. D. de constit. pecun. l. quæ sub conditione 8. D. de condic. constit.* aut iusiurandum referre qui ex liquidis probationibus quas iam in manu habeat, certam victoriam sibi comparare possit. Siquidem vix est vt nisi deficientibus cæteris probationibus omnibus iusiurandum vnquam deferatur. Tametsi non negem posse & ab eo deferri cui aliæ suppetant probationes, nisi tutorem fortè proponas qui pupilli nomine deferat iusiurandum *dict. l. tutor. 33. de iureiur.* Idque est fortasse quod in *l. 3 c. eod.* scriptum legimus, In bonæ fidei contractibus necron in cæteris causis inopiâ probationum per iudicem iureiurando causa cognitâ rem decidi oportere. Et si enim non ignoro interpretes nostros ad iusiurandū necessarium, quod suppletiuū vocant, hoc ipsum accómodare: Attamen vt cętera taceā quę in hanc sententiā suprà disputauimus, illud saltem fatendum est conuenire etiam iuramento iudiciali, &, vt loquūtur, litis decisorio, quod, vt diximus, inopiâ quoque probationū deferri solet. Nec ad rē pertinet quod à parte non à iudice deferatur. Etenim non eo minùs decisa censetur per iudicem controuersia, & quia delationem iurisiurandi ab eo adprobatam esse necesse est, *dict. l. generaliter §. 1.* & quia post exactum iusiurandum sententiam iudicis interuenire oportet ad cōdemnandum eum contra quem iuratum est, *dict. l. generaliter. in princip.* iis verbis *non expectata vltima definitione.* Et sanè cùm relatio ipsa iurisiurandi delatio sit, æquissimum est vt quemadmodum inuitus deferre non cogitur, qui suam intentionem aliter probare

mauult

mauult,adeóque delatum iam iuſiurādum reuocare poteſt *l. ſi quis iuſiurandum* 11.*C.eo.*ita nec referre compellatur qui teſtibus aut inſtrumentis poteſt vincere, ſiue ante delatum iuſiurandum factæ ſint probationes,in quo omnes conueniunt teſte Paponio ſupradicto *tit. Areſt.*5.ſiue poſteà fieri poſſint. Facit *tit.*4.*feudor.lib.*1.*ſi de inueſt.cont fuer.*in illis verbis *ſi autem non fuerit in poſſeſſione nec ſupra dictis modis poterit probare.* Atq; ita Senatus noſter paſſim pronunciat,improbans quod in contrariam partem iudicari ſolitum refert idem *Ioannes Paponius eodem loco.*poſt *Bart.in l.fin.D.de in lit.iurand.* Sed & in eo videntur mihi errare plerique ex interpretibus quos pragmatici noſtri ſequuntur,quòd exiſtmant, Tum etiam cùm ei qui iuſiurandum defert referri id non poteſt,cogendum tamen iurare eum cui defertur, ſi modò facti veritatem compertam habeat, adeóque quod magis eſt ſuper credulitate, vt loquuntur,ſi rem vti geſta eſt exactè neſciat. Sic enim *Aymo Cravet.*paſſim à noſtris receptus *conſ.*103.& omnino malè,ni fallor. Nunquam enim arctandus quis præciſè eſt vt iuret, ſed indulgendum ſemper ei cui iuſiurandum defertur vt referre poſſit.Alioqui nec audiri debet qui tale iuſiurandum defert quod aduerſario recuſante & referente non poſſit ipſe ſuſcipere. Propter quam cauſſam non ſic concepta lex eſt, vt dicat manifeſtæ turpitudinis eſſe nolle iurare,ſed cum hac adiectione *nec iuſiurandum referre*,vt intelligamus non poſſe recuſanti obijci conſcientiam ſi modò iuſiurandum ſibi delatum referre ſit paratus: quod porrò non aliter facere poteſt,quàm ſi deferens talis ſit qui iuſiurandum ſibi relatum poſſit ſuſcipere. Exceptio tamen ſubijcienda eſt,niſi ex perſona eius cui iuſiurandum defertur, fiat ne referri poſſit, vt puta ſi filiofamilias aut ſeruo delatum ſit, aut in actione rerum amotarum. Tunc enim non eo minùs iurandum eſt quòd is cui iuſiurandum defertur referre id non poſſit.

ERROR NONVS.

De iure iurando iudiciali per eum delato qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit.

FREQVENTER hæc quæſtio in iudicijs occurrit, an qui ad intentionem ſuam per omne probationis genus,vt fieri ſolet,comprobandam admiſſus eſt data in eam rem dilatione, poſt eius dilationis tempora iuſiurandum deferre poſſit ſiue probationes alias nullas proferat,nullis fortaſſe auditis teſtibus,ſiue teſtes aliqui auditi ſint, quorum teſtationes iam diſcitæ ſint,aut nondum apertæ.In qua quæſtione receptior interpretū ſententia eſt,iuriſiurandi delationem ſemper & in quacunque litis parte admittendam eſſe,adeóque poſteà quàm concluſum iam fuit in cauſſa, & poſt apertas teſtationes ex quibus apparuerit nihil ab actore probatum fuiſſe. Sic enim ex *Bartolo, Baldo, Caſtrenſi, Boerio, Cagnolo*, & alijs quàm plurimis tractat *Anton.Teſſaur.deciſ.Pedemont.*93.Cuius ſententiæ præcipua illa ratio eſſe videtur quòd nulla dici poſſit iniuria fieri ei qui iurare cogitur aut referre,cùm in cauſſa ſua iudex conſtituatur.Sed mihi neque ſententia,neque ratio hæc probari vnquam potuit. Nam cùm iuſiurandum hoc probationis

ſpecies quædam ſit, & quidem efficaciſſima, quomodo fieri, obſecro, potest vt is cui probandi via omnino præcluſa eſt, ad iuriſiurandi delationē admittatur? facit *l. contractus §. illo. C. de non nu. pecun.* Aut quis neget intereſſe quàm maximè eius cui iuſiurandum defertur ne vel iurare cogatur vel referre? Præſertim cui iam parta ſit certa ſpes victoriæ ex eo quòd aduerſarius in ſuis probationibus neceſſarijs defecerit. Iam enim ſæpius diximus permultos eſſe, qui non improbabili religionis veneratione prohibeantur ne iurare velint de ijs quoque rebus quas alioqui certiſſimas habeant, & exploratas, quique litis iacturam fortaſſe libentiùs facturi ſint quàm iuraturi. Quòd ſi dicas in eorum fore poteſtate v iuſiurandum aduerſario referāt, ſi iurare ipſi nolint, tantò grauiorem ſanè ijs iniuriam inferas, quos cogas bonæ certæque litis victoriam aduerſarij periurio committere, quem ſciant non niſi cum periurio iurare poſſe, nec eo minùs iuraturum qui ſub ſpe relationis iuſiurandum detulerit. Eſtque in hanc rem, ni fallor, textus nec inelegans nec obſcurus, *in l. ſi quis iuſiurandum 11. C. de reb. cred. & iureur. Satis enim abſurdū eſt*, inquit lex, *redire ad hoc cui renuntiandum putauit, & cum deſperauit aliam probationē, tunc denuò ad religionem confugere.* Etſi enim tractat eo loco Iuſtinianus de eo qui primùm detulerit iuſiurandum, & nondum eo præſtito, vtpote nouis probationibus emergentibus id reuocauerit, vt iterum ad ſacramentum recurrere non poſſit, tamen non facilè video quid interſit inter eum qui iuriſiurandi delationi iam factæ renuntiauit, vt intentionem ſuam alijs rationibus comprobaret, & eum qui paſſus ſit labi tempora intra quæ iuſiurandum deferre potuit, nec detulit, teſtibúſque aut alijs inſtrumentis cauſſam ſuam munire maluit. Plus quàm enim deſperauit hic de ſuis probationibus, qui probandi viam omnem ſibi præcludi conſenſit, aut ex teſtationibus apertis comperit nihil ſe per teſtes probare potuiſſe. Fateor ſanè non eſſe prohibendum eum qui per teſtes intentionem ſuam probare voluit, quominus mutato conſilio aliam probandi rationem eligat, in eámque rem iuſiurandum deferat dummodò tempora largiantur, ſiue teſtes aliqui iam auditi ſint, ſiue nulli, dum ne ſecreta teſtationum didiſcita proponantur. Eſſet enim certè perquàm durum ſola electione vnius generis probationis, à cæteris excludi eum qui ad omne genus probationis ſit admiſſus: Nec fauor probationum patitur vt ei qui per teſtes probare cœpit obijci debeat vulgare illud dictum, *Pateat tibi via quam elegiſti.* Sed poſt deſperatas, aut quod magis eſt, excluſas omnes probationes admitti delationem iuriſiurādi, id verò durius longè eſſet ac iniquius. Illud autem prorſus intolerābile quod Teſſaurus ſupradicto loco probat & à Senatu Pedemontano deciſum teſtatur, Si actor ſuis diffidens probationibus quas iam produxerit, deferat iuſiurandum reo volenti ſuam intentionem probare per teſtes, cogendum eſſe reum vt vel iuret, vel referat. Facit enim hæc ſententia duplicem iniuriam reo: Priorem in eo, quòd actorem poſt deſperatas alias probationes, elapſáque probandi tempora admittit ad iuriſiurandi delationem, quod nos fieri debere iam negauimus, alteram in eo, quòd reo adimit probationis per teſtes faciendæ facultatem vt illum adigat inuitum ad iuramentum ſuſcipiendum aut referendum: quod etiam à iuris ratione abhorrere diximus in ſuperioribus. Illud verò temperamentum quòd Teſſauro placet, vt teſtationes à Senatu inſpiciantur, &, ſi appareat plenè probatam actoris intentionem, vno demùm illo caſu

casu actor iusiurandum deferens non audiatur, ostendit euidentiùs sententię huius iniquitatem. Cur enim magis faueamus actori qui minùs probauerit? Aut cur periurij probationem pertimescamus cùm aduersus eum qui iurauit, numquam de periurio quæratur, maximè si per testes non per instrumenta periurium probare velit is, qui victus fuit, *l. vlt. D. de in lit. iur. l. 2. C. de reb. credit. & iureiur.*

ERROR DECIMVS.

De iureiurando delato quod habetur pro præstito aut pro relato.

SI iusiurandum necessarium, & vt vocant, suppletiuum delatum sit à iudice in supplementum probationum, & ab ea delatione aduersarius prouocauerit, tũ pendente appellatione nec dum præstito iureiurando decesserit is qui iurare debuit, quæri inter pragmaticos solet an iusiurandum pro præstito habẽdum sit, nẽcne: Cuius quæstionis effectus magnus in eo est quòd si pro præstito habeatur, certam victoriæ spem transmittit in heredem qui alioquin esset condemnandus si pro præstito non haberetur, quando nec heredi permittendum est vt iuret de facto defuncti, nisi cuius fortasse particeps, & conscius esse proponatur. Nostrorum verò pragmaticorum sententia est, iusiurandum pro præstito habendum esse, si quandocunque iniusta appellatio pronuntietur, quoniam æquum non sit ei qui temerè & sine caussa appellauerit suam frustrationem prodesse, sed potiùs in eius præiudicium pro facto haberi, quod ne factum sit per eum stetit, arg. *l. tutor* 41. *D. de vsur.* iunct. *l. iure ciuili* 86. *de cond. & demonst.* Me in contrarium illud mouet, quòd fieri potuit vt in ipso etiam procinctu iurandi religione aut conscientia impediretur is qui iurare debuit ne iurare vellet: aut si omnimodò iuraturus fuit, imputari ei potest cur post interpositam ab aduersario appellationem non petierit vt saluo iure appellationis iurare sibi liceret. Hoc enim veluti auxilium propositum est ei quem iudex ad iurandum admisit ne admittendæ probationis periculum incurrat si fortè inter appellationis moras decedat, *l. generaliter* 12. §. 1. *Cod. de rebus credit. & iureiurand.* vbi Iustinianus ob hanc ipsam caussam constituit, vt non obstante appellatione præstari possit iusiurandum, ne fortè, inquit, probationes intercidant, si fortè interim is cui iusiurandum delatum est, ab hac luce subtrahatur. Quid autem, obsecro, caussæ erat, cur ita Iustinianus constitueret, si iuris ratio pati posset vt iusiurandum cuius præstationi iniusta appellatio morã iniecisset pro præstito haberetur? Etsi verò non in ea sum opinione, vt illã Iustiniani constitutionem ad hoc iurisiurandi genus pertinere existimem, sed ad illud duntaxat quod in dubijs causis solebant iudices ei deferre qui potiore iure niteretur, quemadmodum suprà tractauimus, posteà quàm tamen placuit interpretibus de suppletiuo quoque iureiurando eam legem intelligi debere (nam & vtrunque necessarium appellatur) non possunt illi recusare quominùs ex illa

loco argumentum ſumatur, ad errorem hunc, quem nos refellimus, impugnandum. Nam & multò maior ratio eſſet cur iuſiurandum illud Iuſtiniani eum pro præſtito haberi deberet defuncto poſt interpoſitam appellationem eo, qui iurare debuerat, quàm ſuppletiuum iſtud quod interpretes, & pragmatici noſtri comminiſcuntur. Eſt enim illud longè fauorabilius, quippe quod ei deferatur qui etiam citra iuſiurandum vincere deberet: Hoc verò ei duntaxat, qui ſi non iuret, omnimodo condemnari debeat propter defectum probationum. Proin de non facit pro pragmaticis noſtris ratio illa qua mouentur quòd per appellationem ſteterit ne iuſiurandum præſtitum ſit, cùm non potuerit appellatio facere quominùs iuraretur ſi iurare victor voluiſſet. At finge eum qui iuſiurandum detulerat, cùm ei referri poſſet, priùs deceſſiſſe quàm aduerſarius aut iuraret aut referret, ſiue ante, ſiue poſt agnitam conditionem delati iuriiurandi aut à iudice admiſſam. Eadem dubitatio eſſe poteſt, an iuſiurandum pro relato, præſtitóque haberi debeat, ſi fortè aduerſarius cui delatum fuerat, nolit iurare. Certum enim eſt nec heredi referre poſſe, ne alioqui cogatur heres iurare de facto defuncti. Planè ſi iurare velit etiam poſt mortem eius qui iuſiurandum detulit, dubitari non poteſt quin ſit audiendus. Pragmatici noſtri putant iuſiurandum hoc caſu pro relato præſtitóque haberi oportere, ne ei cui delatum eſt proſit quod perperam & ſine cauſſa iurare vel referre diſtulerit. Nec inuitus probo ſententiam, ſi qua mora contracta ſit per eum qui vel iurare debuerit, vel referre. Sed ſi mora nulla præceſſerit, aut ſi ea quæ præceſſerat purgata ſit, ſiue per interlocutionem iudicis, ſiue qua alia ratione, iniquum ſanè fuerit ob hoc fieri duriorem conditionem eius cui delatum eſt iuſiurandum quòd aduerſarius ante præſtationem, relationémque deceſſerit, qui ſi viueret, ex relatione iurare fortaſſis recuſaret.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGECIMA.

ERROR I.

De anatocismo & vſuris fructuum ac ſumptuum litis.

ANATOCISMVS fit quoties vſura ſorti coniũgitur & in ſortẽ redigitur vt nouas pariat vſuras. Id verò ne vllomodo vllóſp caſu fieri poſſit deſtrictè prohibitũ eſt Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de vſur.* cùm iam ante Iuſtinianũ vſuræ vſurarũ eſſẽt prohibitę *l. ſi nõ ſortẽ* 26. §. 1. D. *de cõdict. indeb.* *l. improbum* 20. *C. de*

10. *C. de his qui norant infam.* Nec tàtùm vſuræ vſura interdicta eſt, ſed & alia quælibet acceſſio acceſſionis, vt puta vſuræ fructuum quantumlibet mala fide & poſt litem conteſtatam perceptorum *l. heres furioſi* 51. §. 1. *D. de petit. hered. l. neque eorum fructuum* 25. *D. de vſur.* Quod quanquam ita eſt, alio tamen iure pragmatici noſtri paſſim vtuntur. Nam ſi facta fructuum aut vſurarum condemnatione taxatio ſecuta ſit, iuſſúſq; debitor taxatá quantitatẽ ſoluere nõ ſatisfaciat, Pragmatici s placet ab eo tẽpore totius eius quãtitat s quaſi in ſortem redactæ vſuras deberi quincunces; non ſecus, inquiunt, ac ſi ea pecunia ſoluta, rurſúmque eidem debitori ſub vſuris numerata proponeretur, quaſi breui manu id ipſum ita geſtum eſſe videatur. In quo ſanè vim & fraudem apertè faciunt Iuſtin aneæ conſtitutioni, quandoquidem taxatio ſola hæc fructuum aut vſurarum facere non poteſt quominus verum ſit iure fructuum & vſurarũ deberi eam quantitatem quæ deducta eſt in condẽnationis taxationem. Nec quod in eius quantitatis ſolutione noua mora contracta ſit, ad rem facit. Non enim fieri vllomodo poteſt vt ex mora debeantur vſuræ quæ ex conuentione deberi non poſſint. Nam quæ lex facit vt ex mora vſuræ debeantur, etiam extra conuentionem, ea ipſa lex prohibet ne vſurarum, aut fructuum aliarúmve acceſſionum vſuræ vllę deberi exigiq; poſſint. Neque verò fictio illa breuis manus, quam pragmatici hoc caſu inducunt, locum habere meo iudicio poſſet: ne alioqui eueniat vt eodem inſtanti & obligatio & mora in ſoluendo contracta eſſe intelligatur. Nulla enim conuentione intercedente de ſoluendis vſuris, alia ratio ſubeſſe nequit propter quam præſtari debeant quàm propter moram. Atqui ſi condemnatus debitor, & poſt factam taxationem interpellatus ſoluiſſet, eidémque ſubinde ſtatim eadẽ pecunia rurſus credita & numerata fuiſſet, non vtique confeſtim mora per debitorem contracta videri potuiſſet, ſed medium aliquod tẽpus intercedere oporteret, vt moræ locus fieri aliquis poſſet, *l. promiſſor Stichi* 21. §. *D. de conſtit. pecun.* Neque rurſum verum eſt quod illi pro vero & explorato ponunt, pecuniæ creditæ vſuras vllas deberi ex mora, imò neque ex litis conteſtatione. Debentur enim ex ſtipulatione duntaxat ſi qua interuenerit *l.* 3. c. *de vſur. l. Titius* 24. *D. de præſcript. verb.* Propriúmque ius eſt actionũ bonæ fidei vt ex iis vſuræ ob ſolam moram debeantur *l.* 3. *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei. D. de vſur.* Fateor deberi etiam ex iudicato poſt elapſa tẽpora intra quæ iudicato ſatisfieri oportuit *l. vlt. c. de vſur. rei iudic.* Sed dico ad vſuras ſortis duntaxat id pertinere, non etiam ad vſuras fructuum aut vſurarum aliarúmque acceſſionum. Sunt enim vſuræ illæ iudicati legales, vt ita dicam, hoc eſt, ſola legis poteſtate & conſtitutione debitæ, lex autem ſeipſam deſtrueret ſi ob moram in iudicati executione commiſſam vſurarum vſuras induceret, quas nullo prorſus caſu induci patitur: præterquàm ſi mutata conditione perſonarum aut debiti fieri ſors incipiant quæ anteà fuerant vſuræ & acceſſiones, vt euenit cùm vſuras exactas tutor vel curator ſibi ſuiſque vſibus retinuerunt, *l. tutor qui repertorium* 7. §. *ſi vſuras exactas. D. de adminiſt. & peri. tutor.* Aut cùm ex duobus tutoribus pupilli, altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui ſupererat ex perſona pupilli iudice accepto, conſecutus eſt cum vſuris, quantum ex tutela peruenerat ad tutorem defunctũ, *l. qui negotiationẽ* 38. §. *ex duobus eodem.* vbi ratio redditur *cùm id quod ab alio debetur nomine vſurarũ cũ ſorte datur ei qui accipit totum ſortis vice fungitur, vel fungi debet.* Idémque eſt ſi vſuræ pupillaris pecuniæ quas tutores debuerunt ad cura-

totem transferantur. Conuertuntur enim in sortem, & vniuersæ summæ vsuras debere curator incipit, *d. l. qui negotiationem. §. vltim. quia*, inquit lex, *omnis sors efficitur*. Similiter si quis ex caussa mandati vel negotiorum gestorum pro alio non solùm sortem debitá soluerit, sed etiam eius sortis vsuras, nemo dubitat quin mandati aut negotiorum gestorum iudicio consequi debeat vsuras non tantùm sortis, sed etiam vsurarum, quoniam mutata conditio personarum & debiti facit, vt quæ in persona primi creditoris fuerunt vsuræ, cœperint locum sortis obtinere in persona eius qui pro alio soluit. Sed extra hos casus & alios si qui sunt similes, contendo fieri numquam posse vt vsuræ aliæve accessiones in sortem redigantur ad vsuras nouas inducendas. Quid ergo, inquies, An permittendum erit condemnato, vt taxatam fructuum aut vsurarum quantitatem etiam post moram impunè retineat? Imò, inquam, imputet sibi victor qui non vrgeat diligentiùs iudicati executionem, vt sibi debitam pecuniam à condemnato extorqueat, vel ex iudiciali pignorum distractione sibi conficiat. De vsuris sumptuum litis minor dubitatio est. Neque enim sunt accessiones accessionis, licèt sumptus sint accessiones litis. Itaque ab eo tempore quo mora in iudicati executione commissa est, vsuras quoque sumptuum litis taxatorum præstari æquum est.

ERROR SECVNDVS.

De alienatione fideicommissi ab ascendente relicti, ex caussa dotis, aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis.

IVSTINIANI Nouella constitutio *De rest. & ea quæ pari vnd. mens.* ex qua *Irnerius* desumpsit *Auth. res quæ. C. commun. de legat.* quę dotis aut donationis propter nuptias potiorem, quàm fideicõmissi caussam esse voluit, sic ab interpretib' ferè omnib. accepta est, vt bona fideicõmisso subiecta possint ex ea caussa non solùm obligari, sed etiam quod est cõsequens, alienari, adeóque totũ fideicõmissum in dotem dati si aliter fieri nõ possit, vt persona grauata matrimoniũ ineat æqualibus conditionibus. Itaq; non distingunt nostri, An de dote vel donatione propter nuptias cõstituenda agatur, au de restituẽda, nec rursum an ea persona cui fideicõmissum iniunctũ est idipsum pro se velit diminuere, an pro aliquo ex suis liberis, dũmodò sint illi ex descendentibus testatoris qui fideicommisit, id est ex iis personis quibus testator ipse si viueret dotẽ vel donationẽ propter nuptias ex officio constituere teneretur. Quæ sententia licèt æquitatis & humanitatis colorem habere videatur, euidẽter tamẽ iniqua est. Quid enim absurdius quàm in fraudem fideicõmissi & ex alienis bonis sibi quem aut alteri dotem constituere vel donationẽ propter nuptias, siue ab ascendente, siue ab extraneo aut quod hac parte idẽ est à collaterali iniũctum proponatur? Præsertim cùm alio interpretũ nostrorum errore illud quoq; iam obtinuerit, vt fideicõmissum liberis indictum, per duplicis portionis legitimariæ scilicet, & Trebellianicæ ac integrorum vtriusque portionis fructuum detractionem minuatur. Ex *cap. Raymutius & capit. Raynaldus Extr. de testam.* scilicet in liberis primi gradus ex *l. iubemus 6. C. ad S. C. Trebell.* Sed & cùm de sequentium graduum liberis tractatur, con-

stat

stat legitimam portionem non solùm iis deberi, sed etiam ita deberi vt in ea grauari nullomodo possint, *l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testam.* quod vtique iure vetere diuersum erat. *l. coheredi 41. §. cum filia. de vulgar. & pupill. substit.* Proinde quod olim Vlpianus responderat in filia quæ à patre totam hereditatem restituere rogata dotem ex fideicommisso deberet, non videri in euertionem fideicommissi factū esse quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat *l. mulier 22. §. cùm proponeretur D. ad S. C. Trebell.* hodie locum habere non potest, cùm legitima filiæ debeatur, & quidem immunis ab onere fideicommissi, ex qua vtique dotem habere potest. Nec quòd ea legitima parui pretij sit si fortè tenuium facultatum pater fuit, fideicommissario nocere debet, sed filiæ potiùs quæ patrem habuit & inopem, & minùs beneuolum. Neque verò aliam Iustiniani mentem fuisse credendum est: cuius verba non obscura id tantùm constitui præ se ferunt, vt si is qui coniugi donauit propter nuptias post factam à se donationem grauatus sit fideicommisso à patre, non noceat ea res mulieri, quominùs etiam de bonis fideicommisso subiectis solui donatio debeat, itemque dos restitui, quam aut maritus ille aut pater eius acceperat. Et vicissim vt si mulier ipsa quæ viro dotem dedit, rogata sit à patre hereditatem restituere, non solùm non censeatur rogata reddere dotem, quæ veluti proprium ipsius patrimonium est *l. 3. §. sed vtrum. in fin. D. de minor.* sed etiam si expressim rogata sit, fideicommissum quod ad hoc attinet, non valeat, sed perinde acsi rogata non esset possit maritus eam dotis partem lucrari, quam in pactum deduxerat, dummodò in pactis nuptialibus honestus modus seruatus sit pro personarum facultatibus & qualitate. Itaque non de dote post iniunctum fideicommissum constituenda Iustinianus tractat, sed de ea re quæ ante fideicommissum inductum constituta sit, quam nec aliter de fideicommisso detrahi posse vult, quàm si honesta sint pacta & congrua. Ex quo apparet non tam ad id respexisse Iustinianum, quo nostri potissimùm mouentur, ne propter fidiecommissum filia maneat indotata (non enim potest esse indotata quæ vel inuito patre legitimam habere debet, æstimandam ex paternis facultatibus, siue pauperiorem, siue ditiorem annum habuerit) quàm ad id potiùs, ne ex tali fideicommisso decipiatur maritus, qui vel antè fideicommissum contraxerat, vel post iniunctum quidem fideicommissum, sed eo tempore quo fideicommissum probabiliter ignorabat, sicut & quod in præiudicium fideicommissi à marito relicti Iustinianus constituit, non ad mariti fauorem respicit, sed ad commodum mulieris, ne aut propria dote aut sibi facta per maritum propter nuptias donatione priuetur. Dicat aliquis, inutilem fore Iustiniani constitutionem si sic intelligatur, vt potior sit causa dotis aut donationis propter nuptias ante fideicommissum constitutæ quàm sit ipsius fideicommissi. Quis enim dubitet iura anteriora per subsequens fideicommissum extingui non posse? Sed respondendum est iam olim ita ius fuisse vt dos vel donatio propter nuptias à patre profecta defuncto filio aut filia sine liberis ad patrem reuerteretur, *lege dos à patre 4. C. solut. matrimon.* (licèt miserationis potiùs quàm æquitatis ratione *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.*) siue in potestate filius aut filia retenti fuissent, siue emancipati. Tum etiam cùm reddendæ dotis stipulatio nulla interuenisset, multò magis si qua interuenerat, vt interuenire moris erat. Quo etiamnū iure vtimur. Ideoq; in patris potestate fuisse,

filiam in dote grauare, itémque filium in donatione propter nuptias, non quidem in præiudicium generi, aut nutus, constante matrimonio, sed in eũ casum quo matrimonium alterutrius morte solueretur, salua filio aut filiæ querela inofficioſi testaméti, si aliunde non haberet omnimodo quantum satis esset ad legitimam & legitimæ fructus. Hoc verò cùm euenirebat, si qua fortè pacta nuptialia inscio parente siue contracto iam matrimonio, siue sponsaliorum tempore filius aut filia præsertim emancipati contraxissent, ea fieri irrita necesse erat ante Iustiniani constitutionem, atque ita decipi cum ex coniugibus non qui grauatus esset, sed qui ex bonis grauati tantam portionem sperabat, quantam ipse de bonis propriis in contrarium euentũ præstare grauato debuisset. Id verò Iustinianus æquissimè correxit, constituens vt pater sicut grauare liberos in legitima non potest, ita nec possit in ea portione quæ præter legitimam necessaria est ad quantitatem dotis aut donationis propter nuptias, vt ea quantitas iuris interpretatione subducatur è fideicommisso si contraria non appareat voluntas patris, aut si tam aperta sit ea voluntas, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla eius voluntatis habeatur ratio, sed perinde acti nullum fideicommissum esset, seruentur pacta nuptialia, si modò æqua sint & conuenientia honestati ac dignitati personarum. Et verò non cogitasse Iustinianum de subducendis ex fideicommisso dotibus post iniunctum fideicommissum constitutis, vel ex eo maximè apparet, quod suam legem locum habere prohibet iis casibus quibus dotes aut nuptiales donationes augerentur, quæ iam anteà factæ essent, quòd augmentum illud in fraudem & euersionem fideicommissi prætextu nouæ constitutionis captatum videretur. Quod autem ad dotes restituendas pertinet de iis agit in prima constitutionis parte, sed ita vt alteram quandam constitutionem de ea re factam referat, quæ in libris nostris non extat. Cuius tamen illam innuit fuisse sententiam, vt mulieri quę ignorans fideicommissum marito iniunctum dotem dedit, non noceat quòd posterior sit onere fideicommissi, sed perinde dotem illa suam recuperet, nec aliter fideicommissarius ei præferatur quàm si probet scientem eam grauato viro dotem dedisse. Quod si ita est, consequens fit vt nec pro dote repetenda præferatur mulier in præiudicium fideicommissi quod ipsa sciuerit. Tantum abest vt quæ scit fideicommissum à se relictum, possit ex eo quicquam detrahere supra legitimam & trebellianicam ad dotem sibi ipsi constituendam, at si dotem sibi ipsi ex fideicommisso constituere non potest, multò minùs alii quis constituere poterit, etiamsi persona talis sit, quam ex officio dotare compellatur. Est enim longè fauorabilior dotis restitutio quàm constitutio, & inter dotes constituendas ea quam sibi quis constituit, quàm quæ alii datur. Sed quamquam hæc ita sunt, frequentissimis tamen interpretum & pragmaticorum sententiis error ille inualuit, vt ex fideicommisso quod ab aliquo ex ascendentibus iniunctum sit, & dotes & nuptiales donationes, & liberorum legitimæ portiones detrahi posse existimentur. Cui errori causſam proculdubio dedit insciția Irnerii in concipiendo contextu *Authentic. res quæ. C. commun. de legat.* Plus enim eius autoritati tribuendum putarunt interpretes quàm Iustinianeæ constitutioni, cuius ille mentem non bene perceperat. Quamquam nec Irnerii verba prorsus repugnant quominus eandẽ admittant interpretationem, quam nos ad Iustinianum adhibuimus. Extat sanè apud nos statutum de dotibus etiam ex feudis, licèt fideicommisso

subiecta

ſubiecta ſint deducẽdis. Sed ex ſtatuti verbis apparet non tam id egiſſe Principem vt quod ad fideicommiſſa pertineret ius nouum cõſtitueret, quàm vt id quod ex iure cõmuni in bonis omnibus fideicommiſſo ſubiectis obtinere credebatur, ad feudalia quoque bona protraheret, non ſecus ac quod de duplicis quartæ detractione conſtitutum eſt in *d. cap. Raynutius. & cap. Raynaldus Extr. de teſtam.* magis ex interpretum vulgari errore profectum videri debet, quàm quòd ea Pontificum voluntas fuerit vt nouum ius conſtituerẽt, à ciuilis iuris ratione alienum. Ex ſanè ita poſito iure, vt ex fideicommiſſo deduci poſſint dotes & legitimę portiones deſcendẽtium omniũ, facilè continget, vt multiplicatis deſcendentiũ perſonis totũ fideicõmiſſum tandẽ abſorbeatur: quod tamen quàm abſurdũ futurũ ſit, vel ex eo maximè intelligi poteſt, quòd ne id vnquá euenat deſtrictè obſeruari ſolet, vt ſemel detracta legitima aut Trebellianica, numquam poſteà detrahatur. Sanè nec pragmatici negãt tandiu fideicõmiſſum illibatum integrúmq; manere debere quandiu ex aliis bonis ſatisfieri poteſt doti aut ante nuptias donationi. Illud etiá crebrioribus eorum ſuffragiis receptum eſt, vt ſi fideicõmiſſum ab extraneo, aut quod hac parte idem eſt, à tranſuerſalis gradus agnato cognatóve relictum proponatur, nullus huic ſententiæ de dote aut donatione nuptiali ex fideicommiſſo deducenda locus ſit, quod tamen an generaliter & indiſtinctè admitti debeat, paulò diligentiùs examinandum eſt.

ERROR TERTIVS.

De fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione ſi ſine liberis.

ET s i fideicommiſſa tam vniuerſalia quàm ſingularia & purè & in diem relinqui poſſunt, itémq; ſub cõditione qualibet prętetquàm ſi qua ſit legibus improbata, hodie tamẽ frequentiſſimus eorum fideicommiſſorum vſus eſt, quæ relinquuntur ſub ea conditione, ſi is qui rogatus eſt ſine liberis deceſſerit. In qua fideicõmiſſi ſpecie dura mihi ſemper viſa eſt ſententia interpretum & ptagmaticorum noſtrorum, exiſtimantium bona fideicommiſſo ſubiecta pro dote aut ante nuptias donatione, neque alienari, neq; obligari vllomodo poſſe ſi ab extraneo, aut quod hac parte idem eſt, ab agnato vel cognato tranſuerſali fideicommiſſum tale relictum proponatur, neque enim dubitari poteſt quin teſtatoris qui fideicõmiſſum reliquit ſub huiuſmodi conditione, voluntas illa fuerit vt heres granatus vxorem ſibi quęreret, ex qua ſuſcipere poſſet liberos naturales, & legitimos, quales alio qui ſuſcipere nullos poſſet. Atquin fieri nequit vt vxorem inuenire poſſit qui nihil ei donare aut poſſit aut velit, nec rurſum vt facilè quis obuiam vxorem ducere velit ſine dote ex qua oneribus matrimonij ſubuenire queat. Igitur in neceſſarium antecedens illud quoq; ex teſtatoris voluntate eſſe fatendum eſt, vt pro ea dote vel donatione propter nuptias obligari adeóq; alienari poſſint bona fideicõmiſſo obnoxia, ſi aliter is qui rogatus eſt vxoré habere non poſſit. Alioqui facias ridiculum teſtatorem, qui fideicõmiſſo eam conditionem adſcripſerit quá nolnerit fideicommiſſarij damno & periculo euenire. Mihíque ſemper viſum eſt in hanc ſententiá accommodatiſſimum reſponſum illud elegans Vipiani quod extat in §. *cùm proponeretur, l. mulier* 22. *D. ad S. C.*

Trebell. vbi cùm filia à patre instituta rogatáque hereditatem restituere, dotem ex bonis fideicommissariis dedisset, placet Vlpiano non videri in euersionem fideicommissi factum quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat. Quamquam enim locus ille est de fideicommisso relicto à patre nõ à transuersali agnato aut cognato (quod interpretes fefellit) ratio tamen qua Vlpianus mouetur generalis est, & iis omnibus casibus aptanda in quibus fideicommissi alienatio fit ob nuptias quæ ex testatoris voto contrahantur, siue fiat alienatio illa pro dote, siue pro donatione propter nuptias. Cuiusmodi votum testatoris proculdubio semper subest, quoties heredem rogat de restituenda hereditate sub ea conditione *si sine liberis*. Siue ex ascendentibus, siue ex transuersalibus testator esse dicatur. Nec est contrarium quod proximo capite disputauimus, tum etiam cùm fideicommissum ab vno ex ascendentibus iniunctum est, non esse permittendum, vt ex fideicommisso dotes & legitimæ portiones descendentibus debitæ detrahantur. Id enim (quod ad eas personas attinet quæ suo commodo dotem aut donationem propter nuptias ex fideicommisso deducunt) ad ea demum fideicommissa pertinere volumus, quę vel putè vel in diem, aut sub alia quàm liberorum conditione relinquuntur. Etsi non ignoro tacitè conditionem illam liberorum subintelligi in fideicommissis omnibus, ex coniectura pietatis quę Papinianum mouit in *l. cùm auus* 102. *De condic. & demonstr.* Quod ad eas verò personas, quæ nec rogatæ sunt, nec substitutæ, nec proinde fideicõmissario obstant, generaliter defendo nihil pro iis ex fideicommisso deduci posse sub prætextu dotis aut ante nuptias donationis, vtputa si quis rogatus est sub ea conditione *si sine liberis masculis decesserit* dotare filias suas velit ex bonis fideicommissariis, alia fortassis nulla habens, ex quibus paternum officium implere possit. Non enim quæ voluntatis ratio & coniectura facit, vt liceat ei ex fideicommisso tantum detrahere quãtum necesse habeat ad quærendos liberos, suadet etiã vt pro dotandis aut legitimandis filiabus idem admittatur, de quibus scilicet testator non cogitauit, nisi ad eas excludendas hoc ipso quod solos masculos posuit in conditione, per quos fideicommissarius excludi posset. Itaque non facio meliorem conditionem transuersalium quàm descẽdentium, quod sanè absurdum esset, sed eius demum cuius nuptias testator pręuidit & in votis habuit quàm cęterorum, de quorum liberis nullomodo cogitauerit. Nam nec de illorum nuptiis cogitasse videri potest. Sanè quod Iustiniani constitutio *Nouella de restit. & ea quæ parit vndec. mens.* pręcipit vt ea fideicõmissi diminutio quę fit pro dote aut donatione ante nuptias certo modo coangustetur pro personarum dignitate & qualitate. Videtur mihi in omnibus istis caussis districtè obseruandum ne qua fideicommisso fraus fiat, sicut & quod Vlpiano placet in *d. §. cùm proponeretur*, nihil ex fideicõmisso deducẽdum esse si ex fructibus pendente fideicommissi conditione perceptis non incõmodè potuerit cõfici ea summa, quam ex fideicommisso detrahere licuit ad dotem vel donationem propter nuptias constituendã. Nam etsi aliunde quàm ex bonis fideicommisso subiectis ea quantitas confici posset, nihil certè de fideicommisso diminuendo tractari oporteret.

ERROR QVARTVS.

De conseruãdis legatis & fideicommissis ex testamento quod nullum & iniustum est ratione præteritionis paternæ.

EX

EX cauſſa prꝛeteritionis vel exheredationis trito facto teſtamento ſolas inſtitutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere placuit Iuſtiniano in *Nouell.*115. *Vt cùm de appellat.cognoſcit.§.aliud quoque capitulum,& ſeqq.*ex quo loco depromplit *Irnerius Authent.ex cauſſa C.de liber.prꝛeter.* Quæſtio autem magna eſt inter iuris noſtri interpretes, an ea conſtitutio locum habeat in prætꝛeritione qualibet, id eſt etiam paterna. Non enim defuerunt iam olim qui dicerent prætꝛerito per patrem filio qui fuit in poteſtate non magis legata quàm inſtitutiones conſeruari poſſe, vt *Bartolus* refert. Sed tamen contraria ſententia, quę ipſius quoque *Bartoli* fuit non modò ab interpretibus ferè cæteris omnibus, ſed etiam a pragmaticis magis probata eſt, vt hac parte nihil interſit de paterna, an de materna prætꝛeritione tractetur: omniquę caſu corruant inſtitutiones, legata autem & fideicommiſſa cæteráque huiuſmodi defendantur. Teſte *Guidone Papio* prꝛecipui apud nos nominis pragmatico, *quæſt* 426. Quæ ſententia mihi ſemper adeò abſurda & improbabilis eſſe viſa eſt, vt vix putem dici poſſe quicquam abſurdius. Nam prætꝛer id quod iuris ratio euidentiſſimè repugnat, quæ non patitur vt ex teſtamento quod ab initio nullum & iniuſtum fuit, nec vnquam valuit, aliquid debeatur, vt pluribus à nobis diſputatum eſt ad *l.filio prꝛeterito* 17.D. *de iniuſt.& irrit.fact.teſtament.lib.9.Comelt.cap.*14. Illud etiam manifeſtiſſimum eſt totam eam Iuſtiniani conſtitutionem illò pertinere, vt ea demùm teſtamenta hodie fiant irrita ex cauſſa prætꝛeritionis vel exheredationis, quę vetere iure inſpecto eſſent valitura, nec niſi per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi poſſent. In quorũ numero ea proculdubio non ſunt in quibus prætꝛeritus fuit filius in poteſtate. Nunquam enim nullóque iure teſtamẽta eiuſmodi valuerunt. Et quamuis negari nõ poſſit Iuſtinianũ in nouo illo iure inducendo nõ ſolùm ad fauoré liberorũ reſpexiſſe, ne tam facilè & ſine cauſſæ inſertione iuſta probatáque exheredari poſſent liberi, ſiue à patre, ſiue à matre aut ab alio ex aſcendentibus, vt nec cõtrà aſcendentes à deſcendentibus, ſed etiam ad fauoré teſtamentorũ, vt non per querelam inofficioſi teſtamenti, ſed nouo quodà iure reſcinderentur, ita vt legata nihilominùs & fideicommiſſa conſeruarentur. Attamen illud etiam fatendũ eſt non aliis teſtamentis fauere Iuſtinianum voluiſſe, quàm iis de quibus reſcindendis tractauit, & conſequenter non illis quæ ab initio nulla fuerunt, de quorum ſcilicet reſciſſione nec tractari poteſt, cùm fieri nequeat, vt quod nullum ſemper fuit ex poſtfacto rumpatur, aut irritum fiat, aut reſcindatur. *l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt.* Fateor Iuſtinianum ea conſtitutione frequentem facere mentionẽ prætꝛeritionis ſicut & exheredationis, quæ res *Bartolũ*, cæteróſque vulgares interpretes fefellit: ſed quid apertiùs quàm de ea prætꝛeritione intelligi id debere quæ ſit loco exheredationis? Eandem enim vbique ratione Iuſtinianus cõſtituit prætꝛeritionis & exheredationis: quod vtiq; paternæ prætꝛeritioni cõuenire nõ poteſt, quæ ſemper pro prætꝛeritione habetur, nunquã pro exheredatione. Sicut nec illud paternæ prætꝛeritioni cõgruit, quod tamẽ potiſſimũ ea Iuſtiniani lege inducitur vti ne poſſit fieri prętꝛeritio niſi inſerta cauſſa. Quantũcunque.n. pater cauſſam inſerat prætꝛeritioni dato fortaſſis legato duntaxat ei quẽ neque inſtituit, neque exheredauit, nunquã faciat vt eo melius aut ſecuriùs teſtamentum condidiſſe videatur. At conueniunt illa omnia optimè prætꝛeritioni maternæ, nõ minùs quàm exheredationi, quoniam & in omnibus habetur pro exheredatione, & conſequenter eaſdem ipſas cõditiones &

adiectiones omnes recipit,quas exheredatio recipere posset. Neq; verò videtur *Irnerius* hoc ignorasse qui Authéticâ sic cõcepit *ex caussa exheredationis vel præteritionis irrito facto testamento.* Neque enim irritum fit ex caussa præteritionis paternæ cùm ab initio, vt iam dictum est, nullum sit & iniustum. Priùs .n.est vt testamentum aliquando valuerit, quàm vt in irritum deduci possit.Vnde illud est quod *tit. De liber.& posth.*separatus est à *tit.de iniust.rup. & irrit.fact.testam.*primóque ordine collocatus. Suauis verò est Bartolus,qui vt patris præteritionem habere possit pro exheredatione distinguit tres exheredationis gradus& species,vnam quæ propriè,alterâ quæ largè, tertiam quæ largissimè exheredatio appelletur, largam exheredationem vocans eam quæ sit tacita & ex tacito testantis iudicio inducatur, cuiusmodi, inquit, illa est quæ inest præteritioni non minùs paternæ quàm maternæ,quam pro exheredatione haberi debere probat exẽplo militis, cuius priuilegium,inquit, non in eo est vt filium, quem in potestate habet prætereundo censeatur eum exheredare,sed vt ea exheredatio tacita valeat & sufficiat,quæ in pagano nec sufficeret nec valeret. In quo sanè fallitur. Neque enim sic Iureconsulti loquuntur, vt præteritionem à milite aut à matre factam exheredationẽ vocẽt (nusquam enim confundunt iura & nomina præteritionis & exheredationis) sed hoc tantùm dicunt habendam eam esse pro exheredatione. Idque sanè ex priuilegio quod ad militem pertinet,quod verò ad matrem,iure constituto,quia nec necesse est ad validandum testamentum vt filium illa instituat vel exheredet,cùm non habeat liberos in potestate, *l.4.§. ad testamenta. D.de bonor.poss.contra tabul.* Ergo in patre non milite qui neque vllum priuilegeum habet,neque prætereundi filij potestatem, contra dicendum erit vt si eum prẽterierit,eiusmodi præteritio, sicuti exheredatio nullomodo est,ita neque pro exheredatione habeatur, & consequenter ad hanc præteritionem non pertinebit Iustiniani constitutio, quæ tota est de liberis aut parentibus sine caussa exheredatis ad coangustandam nimiam illam exheredandi licentiam quam ius vetus indulgebat: non etiam ad indulgendum patri vt liberos,quos in potestate habet, præterire possit, dummodò inserta præteritionis caussa, quos anteà omnimodo instituere vel exheredare cogebatur. Æquè verò inepta est alia pragmaticorum dubitatio, an *lex filio præterito* 17. D. *de iniust.rupt.* quæ de paterna præteritione loquitur, habeat locum etiam in materna. Illud autem multò ineptius quod concludunt habere. Sic enim *Guido Papius dicta quæst.426.* Quasi verò Papinianus eo loco sentiat,ex testamento quod per præteritionem filij in potestate constituti nullum sit & iniustum, legata nihilominùs & fideicommissa & libertates conseruari si filius præteritus non conqueratur. Quod si ita esset, faterer vtique multò magis idem in filio à matre prẽterito admittendum fore, quia prẽteritio materna cùm pro exheredatione habeatur, vt diximus, non facit testamentum nullum & iniustum, aut qua alia ratione vlla vitiosum. Proinde multò maior ratio est,vt ex testamento materno quàm vt ex paterno in quo filius præteritus sit præstentur omnia quẽcunque eo testamento relicta fuerunt. Sed cùm ex contrario Papiniani sententia illa sit in *d.l.filio præterito*, vt quamuis testamentum patris per sui heredis prẽteritionem nullum & iniustum sit, legata tamen & libertates debeantur ab intẽstato ex summa ẽquitate cùm filius prẽteritus partem fratribus institutis non auocauit, quia hoc casu perinde

inde fruuntur heredes inſtituti pleniſſima volũtate patris acſi teſtamentũ valeret,quemadmodum interpretati ſumus in ſuperioribus. Apparet nihil eſſe quod in teſtamento matris quæ filiũ præteriit ſimiliter tractari poſſit. Valent enim legata,fideicommiſſa, libertates & cætera omnia quęcunq; eo teſtamẽto relicta ſunt,debentúrque,ſiue filius præteritus partem fratribus inſtitutis auocauerit ſiue non. Et quidem ex teſtamento non ab inteſtato, quia & teſtamentum ipſum valet. Nec proinde dubitandi cauſſa vlla eſt cur non ex teſtamento ſolenni debeantur omnia, quæ ab herede præſtari teſtatrix voluit.

ERROR QVINTVS.

De teſtamamento per clauſulam codicillarem defendendo. Et de clauſula Omni meliori modo.

NON poſſum mihi temperare quin rideam nudis dentibus, quoties pragmaticos & interpretes noſtros ſic loqui audio,vt dicant teſtamentum quod alioqui nullum & iniuſtum,aut ruptum irritúmve proponatur,defendi per clauſulam codicillarem, quaſi in eo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris vt teſtamentum iam collapſum reſtituat,ac non potiùs vt eam teſtantis voluntatem,quę teſtamento minùs ſollenni aut rupto irritóve declarata eſt,inteſtati iure tueatur. Aut quaſi nihil interſit an voluntas teſtatoris ex teſtamento ipſo exitum,effectúmque ſortiatur,an ab inteſtato. Inter quæ tamen quantum interſit non eſt vel ex ipſis pragmaticis qui ignoret. Sicut enim id quod ex teſtamento debetur ab inteſtato peti nequit, ita nec dubitari poteſt quin malè agat ob idque ſuccumbere debeat, quiſquis ea quæ teſtamento nullo aut rupto vel irrito facto relicta ſunt,petit ex teſtamento,cùm non niſi ab inteſtato debeantur. Effectus igitur clauſulæ codicillaris hic tantùm eſt vt inſtitutionem directam quæ iure inſtitutionis valere non poteſt (inſtitutio enim ipſa eſt quæ teſtamentum conſtituit,& ex qua teſtamenti ius viciſſimque ipſam ex teſtamenti iure pendere neceſſe ſit) flectat ad cauſſam fidei commiſſi,ad obligandum inteſtati ſucceſſorem vt heredibus inſtitutis hereditatem ab inteſtato reſtituat:poſteaquàm placuit ab inteſtato quoque non minùs quàm ex teſtamento fideicommiſſa relinqui poſſe *l.3.l.conficiuntur 8. D.de iur.codicill.l quærebatur. D.de teſtam.milit.* Vnde fit vt heres inſtitutus qui ſi ex teſtamento ſuccederet non modò totius hereditatis dominium, ſed etiam poſſeſſionem illam conſuetudinariam qua omnes ferè gentes hodie vtuntur,ſibi adſerere poſſet,cogatur vtrunque petere à legitimo herede, patique detractionem falcidiæ, non ſecus acſi legitimus heres teſtamento ipſo inſtitutus,déque hereditate reſtituenda rogatus proponeretur. In eóque nimirum differt auxilium clauſulæ codicillaris ab auxilio Iuſtinianeæ illius conſtitutionis,de qua proximò capite diſputauimus,& ex qua ſumpſit *Irnerius Authent.ex cauſſa.C.de liber.prater.* Fecit enim Iuſtinianus pro ſuo imperio & inuita ipſa iuriſprudentia vt quamuis ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habenda ſit ruptum irritúmve factum fuerit teſtamentum,ſiue ob non inſertã exheredationis cauſſam iuſtã à

teſtatore, ſiue ob non probatam ab herede eam quàm teſtator inſeruit, legata nihilominùs & fideicommiſſa,& libertates,cæteráque omnia eo teſtaméto relicta ſolis inſtitutionibus vniuerſalibus & particularibus(non dico *ſingularibus*) exceptis ex ipſo teſtamento debeantur,perindéque teſtamenti iure peti poſſint acſi teſtamentum valeret, neque ruptum aut irritum factum fuiſſet.At codicillaris clauſula ſicuti ex iure communi teſtantiſque voluntate dependet,ita facere non poteſt vt quicquam debeatur ex teſtamento quod non valet,quia nec in teſtantis arbitrio & poteſtate eſt facere quominus leges locum habeant in ſuo teſtamento:Quinimò habet neceſſariò eam conditionem ſiue expreſſam ſiue tacitam *ſi teſtamentũ non valebit*. Quomodo igitur fieri obſecro poteſt vt teſtamentum tueatur? Tuetur ſanè voluntatem teſtatoris.Ex eóque pragmaticis nata eſt errandi occaſio, non diſtinguẽtibus teſtamentum à teſtatoris voluntate:Cùm tamen diſtingui debere ex eo appareat,quod teſtamentum non ex qualibet teſtatoris voluntate æſtimatur, & conſtituitur,ſed ex ea demùm quæ iuſta ſit & ſolennis. Quare nec voluntatem teſtatoris conſeruat clauſula codicillaris eo ipſo modo quo teſtator voluit,ſed eo demum quo lex patitur eam voluntatem ſubſiſtere. Tranſlata ſcilicet cauſſa inſtitutionis ad cauſſam fideicommiſſi, traductóque iure legatorum ad ius fideicommiſſorum,quia iuris ratio non patitur vt ab inteſtato legata tanquam legata debeantur, & à legitimo herede quicquam directis verbis relinquatur. Dices fortaſſe verborum errorem hunc eſſe non rerum. Ego verò iam oſtendi quàm periculoſum ſit errare in nomine cùm diuerſitas nominis inducit diuerſitatem iuris,& æquè indignus ſanè vterque error eſt quẽ iuriſprudentes ferre debeãt,quibus nihil antiquius eſſe debet quàm vt partitè diſtinctéque loquantur. Igitur nec illud ferendum eſt quod pragmatici paſſim iactitant eundem eſſe debere effectum clauſulæ *omni meliori modo* qui eſt clauſulæ codicillaris,ſi fortè omiſſa clauſula codicillari,teſtator, vt plerunque fit,teſtamentum ſuum omni meliori modo valere præceperit. Scilicet vt ab inteſtato quoque & ex fideicommiſſo admittatur heres inſtitutus perinde acſi codicillaris clauſula adſcripta eſſet. Quis enim vnquam prudentum dixit aut à prudentibus audiit teſtamentum valere poſſe ab inteſtato? An non prorſus pugnantia & contradictoria hæc ſunt, Valere teſtamentum,& valere ab inteſtato? Itaque quiſquis teſtamentum ſuum valere vult omni meliori modo,illud tantùm præcipere intelligendus eſt vt valeat teſtamentum omni meliori modo quo fieri poteſt vt valeat, tanquam teſtamentum,id eſt aut iure teſtamenti in ſcriptis,aut iure nuncupatiui. Alias enim teſtamentorum formas & ſpecies nullas habemus. Cui conſequens eſt vt ſi neutro iure teſtamentum valere poſſit,inutilis ſit ea clauſula & ſine effectu. Aliud ſanè eſt ſi ſic concepta proponatur vt teſtator ſuam voluntatem omni meliori modo valere inſſerit. Poſſunt enim commodè verba illa hanc admittere interpretationem vt voluntas quæ iure teſtamenti valere nullomodo poteſt defendatur iure voluntatis inteſtati, adeóque ſi cætera congruant quæ ad mortis cauſſa donationem requiruntur,iure donationis cauſſa mortis. Erítque hoc caſu maioris effectus huius clauſulæ *omni meliori modo* quàm codicillaris. Neque enim clauſula codicillaris inducere vnquam poteſt donationem cauſſa mortis, ſed tantùm ius fideicommiſſi tanquam ab inteſtato relicti. Neque verò nouum eſt vt ad voluntatem teſtatoris quocunque iure tuendam alia verba accommodentur, quàm

quibus

quibus codicillaris clauſula vulgò concipi ſolet: Nam & ſufficeret iis verbis vſum eſſe teſtatorem quibus apud Scæuolam Lucius ille Titius, de quo in *l. Lucius* 88. *§. vlt. de legat. Si quid minùs ritè legitimèque fecero pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

ERROR SEXTVS.

De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis aut futuri.

CLAVSVLA codicillaris quæ in teſtamentis ferè omnibus hodie inſeri ſolet non iiſdem ſemper verbis concipitur, ſed nunc iis quæ ad præſens tantùm tempus, nunc iis quæ etiam ad futurum referátur. Prioris conceptionis formula hæc eſt, *ſi teſtamentum meum nõ valet, volo defendi voluntatem meã ab inteſtato iure codicillorum.* Poſterioris illa, *ſi teſtamentum meum non valet aut valebit.* Multum autem referre interpretes & pragmatici vulgò putant vtro modo concepta ea clauſula proponatur. Nam priore caſu non aliter vim & effectum habere, quàm ſi iam inde ab eo tempore quo teſtamentũ fit incipiat non valere. Poſteriore verò nihil prorſus intereſſe an teſtamentum ab initio valuerit, an ex poſtfacto ruptum irritúmve factum ſit. Vtrumque, inquiunt, propter verba conditionis quæ aliter atque aliter concepta aliam atque aliam teſtantis voluntatẽ demõſtrant. Sic enim *Bartolus* hac in rẽ ſi qua vnquam in alia adprobatus in *l. 1. D. de iur. codicill.* Quæ tamen diſtinctio ne mihi ſimiliter probari vnquam potuerit illud facit, quòd teſtamentum etſi ex eo potiſſimùm tempore quo fit vires accipere debet, quia ex futuri temporis euentu pendere numquam poteſt, non aliter tamen valere dici poteſt, quàm ſi eo quoque tempore valeat, quo teſtator moritur ſi pura inſtitutio fuit, aut quo exiſtit conditio ſi ſub conditione ſcriptus heres proponatur. Quin & aditæ hereditatis tempus ſpectamus ſi de extraneo nõ etiam de ſuo herede agatur. Id enim eſt quod dici ſolet, in extraneis heredibus tria tẽpora ſpectari *l. ſi alienus* 40. *§. in extraneis D. de hered. inſtit.* Quod cùm ita ſit, dico prorſus cõſequens eſſe vt eo quoque caſu quo clauſula codicillaris per verba illa præſentis tẽporis concepta fuerit *ſi teſtamentũ meũ non valet*, perinde effectũ ſuum operari debeat, acſi futuri etiã temporis verba illa eſſent adiecta *aut non valebit.* Cùm vtroque caſu perinde verum ſit non valere teſtamentũ eo tẽpore quo de viribus eius quęri poteſt, id eſt poſt mortem teſtatoris, licèt anteà & ab initio valuerit. Sicut enim ſola teſtatoris morte teſtamentum confirmatur, & in id demum tempus tota vis effectúſque teſtamenti confertur, vt ex eo apparet quod teſtamentum diffinimus iuſtam cuiuſque ſententiam de eo quod poſt mortem ſuam fieri velit, ita dubitari meo iudicio non poteſt quin teſtator cùm ita loquitur, *ſi teſtamentum meum non valet* quamuis non adiiciat *aut valebit*, de eo quoque tempore ſentiat quod poſt teſtamentum conditum adeóque poſt mortem ſuam futurum eſt, quia nec priùs quærẽdum eſt an valeat necne, tametſi iam inde ab initio, vt dictum eſt, valere ſuíſque viribus conſtare debuerit, nihílque prodeſt quod eo tempore valuerit quo factum fuit, ſi poſteà deſierit valere antequàm morte adeóque aditione, aut, vt loquar, generaliùs adquiſitione hereditatis confirmetur, non magis quàm ſi nullo vnquam tempore valuiſſet

Digitized by Google

Quid enim testatoris interest an testamentum nũquam valuerit, an verò valere desierit, cùm perinde hoc atque illo casu faciat ipse exitũ intestati? An non ea voluntas est eius qui adscribit clausulam codicillaré, vt si ex testamẽto succedi non poterit codicillos ab intestato feciſſe existimetur? Atqui ab intestato vnus tantùm casus est, inquit *l. ab intestato* 16. *D. de iur. codicill.* nec quod testamentum ab initio fuerit nullum & iniustum facere potest vt ideo magis ab intestato succedatur, quàm si ex postfacto ruptum irritúmve factũ proponeretur. Et sanè quis credat testatorem, qui prudentissimo consilio sibi prouidere voluerit in vtrumque euentum testamentariæ & legitimæ successionis, casum aliquem relictum voluisse in quo neque ex testamento, neque ab intestato voluntas sua exitum sortiri posset? Aut si admittas quod negare non possis, id animo agitasse testatorem vt sibi in omnem casum cõsuleret, quis patiatur tam improbè circumueniri fraudarique prudentis hominis consilium, vt perinde voluntas eius rupto irritóve facto testamento intercidat, acsi nullam penitus in casum successionis intestati cautionem adhibuisset? Sic enim fit vt deterioris conditionis sit voluntas testatoris qui ab initio vtiliter testatus est, quàm futura esset si perperam ac contra leges testatus fuisset: Quod tamen quàm absurdum sit facilè æstimare potest quisquis rationem habere velit pro iure. Quare nec habent interpretes, & pragmatici quod pro commentitia huiusmodi distinctione tuenda, ex prudentum responsis aut Imperatorum rescriptis adferant, aut ex ipsa denique iuris ratione, sed nituntur sola illa scrupulosa verborum obseruatione quam ij ipsi tam sæpe aliàs ridere solent, tùm etiam cùm ridere non deberent. Quid ergo si testator non præsentis aut futuri temporis verbo vsus sit, sed infinitiuo & indefinito, puta si dixerit *volo hoc meum testamentum valere iure codicillorum*? Placet *Bartolo* & interpretibus posse verba illa sufficere vt is quoque casus tuendæ ab intestato voluntatis comprehendantur quo testamentum ab initio validum ex postfacto desierit valere, quoniam verborum sensus nullius certi temporis adiectione finitus hanc interpretationem & extensionem facilè patiatur. Quid si clausula sic concepta fuerit *si testamentum hoc valere non potest*? Idem *Bartolus* putat, quia, inquit verbum *potest* extensiuum quoque est vt etiam futurum tempus comprehendat. Vtrumque rectè si errorem illum tollas quem proximo capite refutauimus, quod testamentum à testantis voluntate non separans, putat fieri posse per clausulam codicillarem vt testamentum ab intestato defendatur. Sed hoc vnum malè quod non idẽ admittit aliis omnibus casibus, id est quibuscunque tandem verbis concepta fuerit clausula codicillaris. Neque enim volũtas testatoris patitur, vt hac parte aliquis supradictæ distinctioni locus relinquatur.

ERROR SEPTIMVS.

De posthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clausulam adscripsit.

1.

ET si non dubitatur quin nato posthumo qui præteritus fuit rumpatur testamentum siue post testamentum natus fuerit, siue post mortem patris qui eum habiturus erat in potestate, itémque siue scienter, siue ignoranter præteritus proponatur, tamen cum

quæritur

quæritur de vi & poteſtate clauſulæ codicillaris in eo teſtamento adiectæ. frequentior interpretum ſententia eſt quæ *Bartoli* primùm fuit ad *Auth. ex cauſſa Cod. de liber. præter.* diſtinguendum eſſe an ſciéter præteritus fuerit, an ignoranter. Priore caſu fatentur poſſe clauſulam codicillarem facere vt poſthumus ab inteſtato ſuccedens rogatus videatur de hereditate tanquam ex fideicommiſſo reſtituenda ei qui teſtamento heres inſtitutus fuit, non ſolùm ſi filius alius teſtatoris iam natus, ſed etſi nepos aliúſve in gradu ſuperior, deóque extraneus fuerit inſtitutus, ſi modò inquiunt, concepta ſit clauſula per verba quæ non præſentis tantùm temporis ſint, ſed etiam futuri, aut quæ ſaltem per interpretationem ad futurum quoque tempus extendi poſſint. Poſteriore verò caſu negant clauſulę codicillaris quibuſcunque tandem verbis concepta ſit tantam poteſtatem eſſe debere: ſed perinde acſi adiecta non eſſet, poſthumum de quo teſtator non cogitauit ab inteſtato ſuccedere ſine onere vllo fideicommiſſi. Quamquam autem non deſunt qui adfirment contrariam ſententiam quæ poſthumum ignoranter quoque præteritum fideicommiſſo puro obſtringit, ſi clauſula codicillaris concepta ſit per verba futuri temporis, non ſolùm veriorem eſſe, ſed etiam receptiorem, vt videre eſt apud *Teſſaurum Deciſ. Pedemont* 141. & *Borgninum Caluacanum Deciſ.* 24. *part.* 3. pragmaticis tamen noſtris magis placet diſtinctio *Bartoli* vt quæ ſit æquior hoc ipſo quòd fauet filio eidémque poſthumo de quo excludendo teſtator nullomodo cogitarit. Mouentur autem ex eo potiſſimùm quòd cùm totus effectus clauſulæ codicillaris ex teſtatoris mente ac voluntate pẽdeat, qui vtique eam clauſulam adſcribendo id agere intelligitur, vt ſucceſſor inteſtati de hereditate ſcripto heredi reſtituenda rogatus videatur, ferendum non eſt vt vllo vnquam caſu operetur contra voluntatem: quod ipſum tamen, inquiunt, euenire ſi prodeſſet heredi ſcripto ad cauſſam fideicommiſſi ab inteſtato petendi contra poſthumum de quo pater non cogitauit. Prius enim eſt vt de ea perſona cui fideicommiſſi onus iniungitur, cogitatum ſit quàm vt ei fideicommiſſum iniunctum fuiſſe videri poſſit. Etſi enim ignoranti perinde ac ſcienti fideicommiſſum & dari & iniungi poteſt, nemo tamen ignorans fideicommittit. Sunt tamen qui adhuc ſubdiſtinguendum exiſtiment, an heres ſcriptus eo teſtamento quod poſthumi agnatione ruptum fuit, ex teſtatoris deſcendentibus ſit, an non, vt ſi ſit ex deſcendentibus, fideicommiſſum petere poſſit ex clauſula codicillari, ſin ſecus, non poſſit. Cuius ſubdiſtinctionis ratio illa affertur, quòd multò fauorabilior ſit filius quàm extraneus, & dignior cuius gratia fiat ea interpretatio quæ à iuris ratione minùs aliena eſſe videatur: ſicuti & fauorabilior eſt filius iam natus, & teſtatori cognitus, quàm poſthumus qui tantùm abeſt vt teſtatori cognitus fuerit, vt de eo pater ne quidem cogitarit. Illa denique diſtinctio pleriſque placet, an poſthumus ignoranter præteritus natus ſit viuo adhuc teſtatore qui teſtamentum mutare potuerit, nec mutauerit, an poſt mortem teſtatoris, aut viuo quidem eo, ſed ita tamen vt non habuerit pater facultatem mutandi teſtamenti. Priore caſu admittunt poſſe clauſulam codicillarem operari contra poſthumum etiam extraneo herede inſtituto. Quaſi negari non poſſit quin ſaltem generaliter de poſthumo cogitatum ſit, eúmque ab inteſtato grauatum pater voluerit, qui cùm aliud teſtamentum facere poſſet, in eóq; poſthumum abſque onere fideicommiſſi inſtituere, maluit tamen decedere cum priore teſtamento, rupto quidem, ſed

tamen clauſulam codicillarum habente: non item ſi teſtamentum mutari non potuit, quia non poteſt capi voluntatis coniectura ex eo quòd teſtamentum mutatum non ſit ab eo qui mutare non potuit, tametſi mutádi voluntatem quam maximè habuerit. Diſplicet tamen coniectura hæc pleriſque exiſtimantibus patremfamilias qui teſtamentum mutare potuit, nec voluit, tantò magis hoc ipſo declaraſſe inteſtatum velle ſe decedere, quippe cùm ſciuerit aut ſcire debuerit teſtamentum ruptum eſſe apertámque viam legitimæ ſucceſſioni. Egò non ſolùm ſupradictas omnes diſtinctiones ſuperuacuas & improbabiles eſſe arbitror, ſed & quęſtionem ipſam otioſam ſi iure & legibus non interpretum magis agatur. Nam vt taceam quod iam ſuperiore capite diſputaui nihil prorſus intereſſe quibuſnam verbis concepta ſit clauſula codicillaris, an ijs quę præſens duntaxat tempus, an quę etiam futurum demonſtrent, mihi videntur interpretes omnes in eo errare, quòd aliam cauſſam conſtituunt codicillaris clauſulę, aliam codicillorum ab inteſtato ſcriptorum. Si enim proponeres nullo facto teſtamento codicillos tantùm ab inteſtato ſcriptos eſſe, iſque rogatum legitimum ſucceſſorem vt hereditatem Semptonio reſtitueret, ac ſubinde poſt patris mortem natum poſthumum quem teſtator codicillorum tempore ignorauerat, non puto eſſe ex interpretibus aut pragmaticis qui negare auſit, obligatum ex codicillis poſthumum vt fideicommiſſum præſtare teneatur quod alius quilibet inteſtati ſucceſſor præſtare teneretur. Id enim eſt quod elegánter Paulus ſcribit *in l. ab inteſtato* 16. *D. de iur. codicill.* Ab inteſtato factis codicilli reliąta debere eum qui poſteà quoque natus ſit, & quicunque ab inteſtato ſucceſſerit codicillos locum habere, quoniam, inquit, ab inteſtato vnus tantùm caſus eſt, nec agnatione poſthumi codicillos euanuiſſe dici poteſt. Senſus eſt multũ referre hac parte an teſtamentum aliquod factum ſit, necne. Teſtamento enim facto duplex caſus eſt, Vnus ſi teſtamentum & vires & effectũ habeat, & ex teſtamento ſuccedatur. Alter ſi teſtamento vel iniuſto, vel rupto aut irrito poſteà facto perinde ſuccedatur ab inteſtato, acſi teſtamentum peiſtus nullum factum fuiſſet. Proinde qui in priorem caſum vocatus aut oneratus fuit, non ſtatim conſequens eſt vt in alterum quoque vel vocatus vel onerátus intelligatur. Nihil enim commune habet voluntas teſtati cum voluntate inteſtati, ſicuti nec cauſſa teſtamentariæ hereditatis cum legitima ſucceſſione. At cùm decedit quis ab inteſtato, vnus tãtùm caſus eſt, nec fieri poteſt vt vel ex teſtamento, vel magis minúſve ab inteſtato ſuccedatur. Itaque fruſtra quæras quiſnam ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, an filius iam natus, an poſthumus, an alius agnatus cognatúſve, Aut an is quem teſtator ſibi ſucceſſurum ſciuerit, an quem ignorauerit, & de quo cogitare non potuerit. Quicunque enim ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, eodem iure ſuccedit, legitimúſque ſucceſſor eſt, & quidem ex voluntate teſtatoris qui ſicut heredem ab inteſtato habere omnimodò voluit, ita de omnibus iis proculdubio cogitauit quibus lex hereditatem delatura eſſet, nec de hoc aut illo cogitandum habuit; cùm ad cauſſam ſucceſſionis inteſtati nihil pertinuerit an hic aut ille ad ſuccedendum proximior futurus eſſet. Neque ſanè vllo iuris loco reperias prudentes hanc diſtinctionem admittere, An is ab inteſtato ſuccedat quem teſtator ſucceſſurum ſperauit, an alius; niſi cùm agitur de fideicom-

fideicommiſſis ab eo nominatim relictis, qui codicillorum tempore ſucceſſurus credebatur. vt in *l. penult. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret. de legat. 2.* At rupto teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatem generaliter & indiſtinctè valere omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit, & à poſthumo perinde atque ab alio quolibet herede præſtanda eſſe apertè ſcriptum eſt in *l. generaliter 24. §. ex teſtamen. D. de fideic. libert.* ita vt pro ſententia noſtra aduerſus commentitias illas interpretum & pragmaticorum diſtinctiones nihil ſcribi potuerit apertius. Tractat enim eo loco Vlpianus non de codicillis ab inteſtato factis, ſed quod ad rem noſtram magis pertinet de codicillari clauſula adcripta in teſtamento, quod poſthumi præteriti agnatione ruptum proponebatur: vt intelligamus contrà quàm interpretes, & pragmatici noſtri ſentiant, nihil inter hos caſus intereſſe. Nam qui in teſtamento adſcribit clauſulam codicillarem, licèt non ea primùm mente ſit vt inteſtatus moriatur, quia tamen cogitat fieri aliquo caſu, aut aliqua de cauſſa poſſe vt faciat exitum inteſtati, prouidet etiam quantum poteſt in vtrumque euentum, vt etiamſi inteſtatò eum mori contingeret, voluntas tamen eius effectum ſortiatur. Eum ſcilicet ipſum, quem ſortiretur ſi nullo teſtamento facto codicillis duntaxat ab inteſtato ſcriptis iudicium ſuum aperuiſſet. Itaque non minùs ridiculum eſt dicere patrem qui de inteſtati ſucceſſione cogitauit cùm clauſulam codicillarem adſcriberet, non cogitaſſe de poſthumo quem tum ignorabat, quàm ſi quis idipſum diceret eo caſu quo teſtamentum nullum factum fuiſſet. Cogitauit enim de habendo eo herede quem lex datura ſibi eſſet, quiſquis tandem ille foret, & conſequenter de poſthumo ſi quem vnquam ſibi agnaſci contingeret, æquè ac de alio quolibet. Verius igitur eſt quod nos volumus clauſulam codicillarem quibuſcunque verbis conceptam non minùs afficere poſthumum ſiue ſcienter, ſiue ignoranter præteritum, quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem, ſiue filius ſiue extraneus teſtamento heres ſcriptus ſit, qui tanquam ex fideicommiſſo hereditatem ſibi ab inteſtato reſtitui poſtulet. Quod autem quidam remedij & æquiſſimi temperamenti loco induxerunt, vt poſthumus ignoranter præteritus fideicommiſſo quidem obſtrictus intelligatur, ſed tamen duplicem portionem ex fideicommiſſo detrahat, ſcilicet legitimam & trebellianicam, multò ineptius eſt. Conſentiunt enim interpretes & pragmatici quotquot ſunt, fideicommiſſum, huiuſmodi quod ex vi clauſulæ codicillaris à legitimo ſucceſſore datum intelligitur purum eſſe non in diem aut conditionale. Cui conſequens eſt ex iiſdem interpretum traditionibus vt duplex detractio fieri non debeat, ſed legitimæ ſolius: quod vtrunque probatur optimè ex *l. 3. §. j. D. de iur. codicill.* De quo quia iam ſatis multa & ex profeſſo ſcripſimus in ſuperioribus, *Decade* II. *cap.* 7. hîc non repetemus. Hoc tamen addemus, ſicuti eorum ſententiam non probamus qui duplicem illam detractionem vllo caſu admittunt, ita non poſſe nos non probare, quod quidam adnotarunt, multò minùs poſſe huic duplici detractioni locum fieri ſi is qui præteritus fuit tantumdem conſequatur ab inteſtato, aut etiam plus quàm ex legitimæ & trebellianicæ detractione conſecutus eſſet. Quod etſi in poſthumo primi gradus ignoranter præterito cõtingere nõ poteſt, facilè tamẽ contingat in poſthumo ſecũdi gradus, adeóque in nepote iá nato tẽpore teſtamenti, ſed qui poſtea primũ in aui familia

gradum tenere cœperit quem teſtamenti tempore non tenebat. Finge patrem familiâs cùm duos liberos haberet Titium & Sempronium, eos ex inæqualibus portionibus inſtituiſſe, Titium ex beſſe, Sempronium ex triente. aut vtrumque quidem ex ſemiſſe, ſed prælegatis, Titio ad beſſem vſque, Sempronio autem non niſi ad trientem relictis. Nepotes verò quos ex Sempronio filio, vel iam tùm habebat, vel habere aliquando poterat, ſiue conſultò, ſiue ignoranter præteriiſſe, nec eo minùs tamen clauſulam codicillarem adſcripſiſſe. Si poſtmodum Sempronius vivo patre decedat ſuperſtitibus liberis, nemo dubitat, quin quaſi agnatione ſui heredis teſtamentum ruptum ſit, ob non inſtitutos ex præſcripto legis Velleæ nepotes: quos tamen propter clauſulá codicillarem haben oporteat pro rogatis vt hereditatem quam ab inteſtato percipiũt Titio patruo reſtituant iure fideicommiſſi. Neque enim melioris hac parte conditionis eſſe poſſunt, quàm poſthumus præteritus ignoranter, cùm & ipſi poſthumorum loco eſſe dicantur in *l. poſthumorum 14. D de inuſt. rupt.* Sed an totam patrisfamilias hereditatem reſtituent: Interpretes negant, Recténe an ſecus videbimus in ſequentibus. Ergo ſi interpretibus credimus, eam ſolam portionem Titio patruo nepotes reſtituét ex qua Titius fuerat inſtitutus. Ita fiet vt triéten in quo Sempronius pater ſcriptus erat retineant, nec proinde ex portione Titio reſtituenda quicquam deducant, quia quod ex perſona Sempronij patris ſui ab inteſtato percipiunt, aſſi trientem vſque primi aſſis, æquat ſemiſſem beſſis reſtituendi Titio, qui ſemis alioqui nepotib⁹ pro legitima & trebellianica deberetur. Proinde nihil cauſſæ eſt cur duplex illa detractio nepotibus hoc caſu permittenda ſit, in eóque cum interpretibus ſentio. Sed quod volũt nullam prorſus detractionem fieri ne falcidiæ quidem, & vt loquuntur, trebellianicæ iure mihi æquè non probatur. Et de eo nobis paulò diſtinctiùs tractandum eſt.

ERROR OCTAVVS.

De iure adreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuit.

IAM diximus nihil intereſſe cùm de clauſulæ codicillaris vi & poteſtate quæritur, an poſthumus, an alius ex ſuis heredibus ſiue primi, ſiue ſecundi, aut etiam vlterioris gradus ignoranter præteritus proponatur: niſi quod difficilius eſt, vt de filio aut nepote iam nato non cogitauerit teſtator ſaltem in genere, quàm vt de poſthumo, de quo fortaſſis teſtamenti tempore nihildum ſperabat. Sed tamen poteſt variis de cauſſis ſimiliter contingere vt nec de iis cogitauerit qui iam tùm nati fuerunt. Finge natos in alia prouincia, aut etiam in domo ipſa teſtatoris abſente fortaſſis & ignorante patre, vt in *l. Titius 25. §. Lucius. D. de liber. & poſthum.* Finge præmortuum filium, qui fuerat inſtitutus, & ſuperſtitem ex eo nepotem præteritum, de quo inſtituendo, vel exheredando auus nihil cogitauerat, quia nec cogitare debuerat, cùm nepos à filio antecederetur, vt in ea ſpecie quam ad ſuperioris capitis finem tractabamus. His ſanè caſibus, & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, non alia ratio haberi poteſt

filij

filij aut nepotis iam nati, quàm posthumi ignoranter præteriti, sempérque & indistinctè verum est clausulam codicillarem quibuscumque verbis conceptam facere debere, vt quisquis ab intestato succedit, de hereditate tanquam ex fideicommisso restituenda rogatus intelligatur. Sed elegans dubitatio illa est, quam nos superiore capite attigimus, An fieri vllo casu possit, vti ne totam hereditatem aut legitimá portionem suam restituat is, qui præter spem & voluntatem testatoris succedit ab intestato. Species quam superiore capite tractábamus, in hanc rẽ omnium accommodatissima est. Pone patrem qui duos habebat filios Titium & Sempronium, & ex Sempronio iam natos nepotes (quamquam etsi posteà nati fint dummodò viuo auo concepti, nihil refert) Titium heredem instituisse ex semisse adscriptis ei amplissimis prælegatis, aut etiam, vt ponebamus si voles, ex besse, Sempronium ex reliqua hereditate, nepotes verò ex Sempronio præteriisse: adiecta tamen clausula codicillari rogatisque per eam legitimis successoribus, vt voluntatem suam ab intestato quoque tuerentur: subinde mortuum Sempronium viuo adhuc patre liberisque suis superstitibus. Constat ruptum esse testamentum quasi agnatione, aut, quod idem est, successione sui heredis. Proinde ab intestato diuidi hereditatem ex semissibus inter Titium patruum & liberos Sempronij, ita tamen vt propter adiectam clausulam codicillarem censeantur rogati nepotes illi ex Sempronio de restituenda Titio hereditate, quærimus an totum illum semissem quem inani hereditate ab intestato percipiunt, restituere debeant, an verò eam duntaxat portionem quam habiturus erat Titius ex testamento, si Sempronio fratre, eódémque coherede superstite testamentum valuisset, nec ruptum vnquam fuisset. Quæstio in eo est, an ius adcrescendi quod Titius habiturus fuit fatre abstinente, & testamento subsistente, saluum ei esse debeat iure fideicommissi ab intestato præstandi, non secus acsi solus Titius heres institutus fuisset, Sempronio fratre exheredato. Ius enim adcrescendi facit, vt qui ex parte tantùm heres scriptus est dato coherede, ex toto esse scriptus intelligatur coherede se abstinente aut repudiante. Pragmatici nostri putant non esse cogendos Sempronij liberos vt patruo quicquam restituant supra eam portionem quæ testamento relicta est, hac vna moti ratione quòd ius adcrescendi non possit competere ex testamento quod agnatione aut quasi agnatione ruptum est, non magis quàm si ab initio nullũ & iniustum fuisset. Sic enim vulgò nostri ad *Auth. ex causſa C. de liber. præter.* quos refert, & sequitur Iulius Clarus in §. *testamentum quæst.* 46. *vers. & hac conclusio. & quæst.* 5. & 54. Ego contrà sentio. Nam etsi non nego ius adcrescendi ex testamento nullo & iniusto, aut rupto irritóve facto competere nullomodo posse, quia appendix quędam est præcedentis institutionis. Institutiones autem omnes corruunt etiam post Iustiniani constitutionem, de qua in *dict. Auth. ex causſa.* Videre tamen non possum cur nõ etiam ab intestato saluum esse debeat iure fideicommissi, perinde ac reliqua omnis voluntas testatoris, ne alioqui eueniat vt voluntatis aut clausulæ codicillaris diuisio inducatur: quod vtrumque sanè perabsurdum esset. Clausula enim codicillaris facit vt voluntas testatoris, quæ supremis tabulis declarata effectum habere ex testamento non potuit, defendatur ab intestato quantũ fieri potest iure fideicommissi *l.* 3. §. 1. *l. conficiuntur.* 8. *D. de iur. codicill. l. generaliter* 24. §. *ex testamento. D. de fideic. libert.* Atqui ius adcrescendi quod legis potestate inter coheredes inducitur, pendet proculdubio & proficiscitur ex tacita testatoris voluntate,

cùm n hil aliud ſit niſi tacita quædam ſubſtitutio, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. ſi Titio* 61. §. *Iulianus. de legat.* 2. Quidni ergo per codicillarem clauſulam conſeruabitur? Nam & ſi poneres Titium & Sempronium fratres eoſdémque coheredes in caſum vulgarem inuicem ſubſtitutos, vtique fatendum eſſet clauſulæ codicillaris eam vim fore, vt ſubſtitutionem illa vulgaré quæ nihil niſi ſecunda inſtitutio eſt, perinde ac primam inſtitutionem in fideicommiſſi cauſſam deduceret. Neque enim hoc illo difficilius eſt. Quod verò refert cùm agitur de conſeruanda quoquomodo voluntate teſtatoris, an ſubſtitutio expreſſa ſit an tacita, quandoquidem vtraque eſt ex teſtatoris iudicio, vt diximus, & voluntate; Pragmaticorum error hac in quæſtione ex eo naſcitur, quòd non diſtingunt auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis, de qua in *d. Auth. ex cauſſa*, ab auxilio clauſulæ codicillaris, quaſi vtriuſque beneficio & legata & fideicommiſſa eodem modo conſeruentur. Nec animaduertunt quod nos ſuprà docuimus *cap.* 5. in eo hæc auxilia differre, quòd per Iuſtiniani legem rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis conſeruantur legata & fideicommiſſa tanquam ex teſtamento, per clauſulam verò codicillarem ab inteſtato: item quòd Iuſtiniani conſtitutio ad præteritioné paternam nil pertinet, clauſula verò codicillaris cùm nonniſi in euentum ſucceſſionis inteſtati adſcribatur, æquè omni caſu locum habet nec diſtinctio neceſſaria eſt, qua de cauſſa inteſtati ſucceſſio defera tur. Fateor quod interpretes volunt rupto, vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habeatur, ſicut inſti tutiones omnes, ita & ſubſtitutiones directas corruere & conſequenter ius quoque adcreſcẽdi. Nec aliud iuris eſſe, quinimò idem multò magis probandum ſi ex cauſſa præteritionis paternæ teſtamentum nullum ab initio iniuſtúmque proponatur. Sed adſcripta clauſula codicillari quæ totam defuncti voluntatẽ ab inteſtato iure fideicommiſſi tueatur, nego idem iuris conſtitui debere. Quid enim attinet dicere teſtamentum nullum eſſe aut ruptum aut irritum, vt adcreſcendi ius excludamus, cùm de teſtatoris voluntate non ex teſtamento, ſed ab inteſtato tuenda diſputamus? Igitur in propoſita ſpecie dicendũ eſt teſtatoris nepotes ex Sempronio rogatos videri vt eam quoque portionem ex qua Sempronius pater fuerat inſtitutus Titio patruo reſtituant ex cauſſa fideicõmiſſi, ſalua tamen falcidia, id eſt ea portione quæ ex Trebelliano Senatuſconſulto retineri poteſt quarta ſcilicet ſemiſſis reſtituendi.

ERROR NONVS.

De diſtinctione filij ſcienter & ignoranter prateriti cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuſtin. lege conſeruandis.

QVAM diſtinctionem ſuprà diximus à *Bartolo* cęteriſq; interpretibus & pragmaticis adhiberi ſolitam eſſe, cùm de voluntate teſtatoris per clauſulã codicillarem defendẽda quęritur, filio ſiue iam nato, ſiue poſthumo prętereto, nimirum ſcientérne ſit præteritus an ignoranter, eandẽ illi ipſi adhibẽt cùm agitur de legatis & fideicommiſſis conſeruandis ex teſtamento per Iuſtiniani conſtitutionem nouellam ng cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* vnde ſumpta eſt *Auth. ex cauſſa Cod. de libert. praterit.*

turit. Nam si filius siue iam natus, siue posthumus præteritus sit à sciente, non dubitant quin locus sit constitutioni, & quidem indistinctè; id est siue paterna, siue materna præteritio esse proponatur. Sed si ab ignorante negant conseruari debere legata & fideicommissa quasi quæ verisimile sit non fuisse parentem relicturum si de filio aut posthumo quem præteriit, cogitasset. Benignè namque, inquiunt, de parentum erga liberos voluntate quantū fieri potest semper suspicandum, & præsumendū est, ne pater aut mater filiū vel auus nepotem facilè onerare voluisse existimetur. Qua ratione moti plerique etiam ex iis quibus supradicta distinctio minùs placet, fatentur tamen non debere filium præteritum ea legata, quę tam ampla sint, vt verisimiliter non fuerit testator ea relicturus, si de liberis, quos præteriit, cogitasset. Sed quàm sit inepta nullúsque momenti ea distinctio, ex illo apparet, quòd, vt à nobis suprà disputatum probatúmq; est, Iustiniani constitutio ad præteritionem paternam nihil pertinet, sed ad eam tantùm quę à matre facta sit, aut ab aliis huiusmodi personis, quarum præteritio habenda sit pro exheredatione. Id enim, si ita est, vt certè est, fit omnino consequens, vt in fauorem filij, qui pro exheredato haberi debeat, interpretatio fauorabilis capi non possit, quasi non fuerit mater filium præteritum tot legatis & fideicommissis grauatura, si eū sibi futurum successorem speraſſet. Quidni enim credamus multò magis ab eo fuisse legaturam aut fideicōmissuram qué exheredauerit aut pro exheredato habuerit? Siquidem longè plus est hereditatem in totum adimere, quàm legatis aut fideicommissis delibare: nec qui exheredatus est aut pro exheredato habendus fauore vllo dignus videri potest ad huiusmodi interpretationem extorquendam. Atque hoc quidem expeditissimum est, apud ipsos quoque, ni fallor, interpretes, habétque naturalem intellectū si de expressa exheredatione tractetur, siue à patre siue à matre facta proponatur. Sed in filio præterito difficilius id admitti posse creditur, quòd nō tam ex testantis matris voluntate, quàm ex lege pro exheredato habeatur, cùm is est de quo mater testamenti tempore non cogitauit: largè scilicet sumpto exheredationis nomine pro exclusione illius qui neque institutus fuit, neque verbis expressis aut ex tacita testantis voluntate exheredatus. In quo tamen si quid mei iudicij est, tantò apertiùs & interpretes & pragmatici falluntur, quantò subtiliores videri volunt. Potiùs enim ista ratiocinatione probarent filium à matre ignorante præteritum pro exheredato haberi non oportere, quàm efficere possint, vt pro exheredato habitus legata & fideicommissa non debeat, quæ relicta sunt ab instituto. Nam si is quoque quem mater tam dilexit, vt heredē eum instituerit, siue filius is fuit, siue extraneus legata omnia & fideicommissa eo testamento relicta debiturus fuit si testamentum ruptum irritúmve factum non fuisset, qua fronte obsecro, negare possit is qui se pro exheredato habendum esse intelligit, ea omnia se debere ex matris voluntate quæ institutus debuisset? Dico *ex matris voluntate*, quoniam ex vera rectáque iuris ratione posset sanè contendere nihil se debere ex eo testamento quod ruptum irritúmve factum est, si Iustiniani noua constitutio nō obstaret. Sed cùm ita Iustiniano placuerit, vt quamuis rupto ex causa exheredationis vel præteritionis, irritóve facto testamento, legata nihilominùs & fideicommissa omnia conseruentur, nihil superest quod filiū ignorāter à matre præteritum ab hoc onere immunē præstare possit, nisi si obtendat nō eam fuisse matris voluntatē, quæ de eo nō cogitauerit.

Hoc verò est quod ego ferre non possum, vt se habeat pro exonerato qui se vel inuitum scit habendum pro exheredato. Illud enim multò minùs dici potest ex præteritione ignoranter facta coniecturam voluntatis sumi debere vt habeatur potiùs pro instituto. Nullo siquidem casu reperias filium à matre præteritum pro instituto habendum esse, præterquàm in specie illa singulari *l.3.C. de inoffic.testam.* quæ proculdubio nouum ius facit, imperatorij rescripti autoritate non minùs quàm euidentissima rei æquitate subnixum. Quis enim prudentũ citra eam constitutionẽ sic respondere potuisset? Cùm verò Imperatores quorum ea lex est ad confirmandi testamenti fauorẽ respexerint potiùs quàm ad personam filij præteriti cui vtique cõmodius esset ab intestato succedere rupto per querelam testamentó, vt docuimus *lib. 9. Coniect. cap.15.* apparet ne eo quidem casu quo filius præteritus habeatur pro instituto immunem eum esse ab onere præstandorũ legatorum & fideicommissorũ ab instituto relictorum. Esset enim id multò absurdiùs & inquius, subsistente testamẽto corruere legata & fideicõmissa quæ in eo relicta sunt, quàm quod in contrarium Iustinianus constituit *dict. Nouell.115.* vt rupto vel irrito facto testamento ex caussa exheredationis vel præteritionis, quæ pro exheredatione sit, legata nihilominus & fideicommissa conseruentur. Quòd si filius præteritus tum etiam cùm pro instituto habetur ea omnia debet quæ testamento relicta sunt, licèt de eo mater testamenti tempore non cogitauerit, quantò magis ea debebit filius qui propter prẽteritionem quantumuis ignoranter factam habendus sit pro exheredato? Nimirum si, vt dixi, nõ tam iuris rationem quàm matris mentẽ filiúque fauorẽ respicias. Neque enim dici potest tam benignè præsumendũ esse de voluntate matris erga filiũ qui pro exheredato habetur, vt eum minùs oneratũ voluisse existimetur, quàm si pro instituto haberetur, cæteris paribus, id est prẽteritione in vtroque casu ignoráter facta. Illud certè dici non potest filium à matre ignoranter prẽteritũ, neque pro instituto neque pro exheredato, sed pro prẽterito habendũ esse. Nam licèt in eo diuersum ius sit patris & matris, quòd non sicut pater, ita & mater nominatim filiũ instituere vel exheredare cogitur, quia fœminę non habent suos heredes: non tamen vsq; adeò matribus indultũ est, vt liberos neque instituere neq; exheredare cogantur. Cur enim matres, quę & parẽtes sunt extraneis omnino similes faciamus? Alioqui nec ferendũ esset, vt de inofficioso matris testamento quæri posset filius prẽteritus, si prẽteritus pro præterito haberi, nec omnimodo aut institui aut exheredari deberet. Non enim alio iure querela filio à matre præterito accõmodatur, quàm quasi immerenter exheredato & eo colore tanquã furiosa, nec sanę mentis fuerit mater quæ filiũ instituere omnino debuerat, aut non nisi meritò exheredare. Proinde cùm præteritiõ à matre facta quantumlibet ignoranter, pro nuda præteritione haberi nõ possit, sed omnimodo pro exheredatione, adeóque inuita etiam matre quę scilicet facere nõ possit quominùs leges in testamento suo locũ habeãt, nulla prorsus ratio est, vt propter eã matris ignorantiã filius qui nõ eo minùs habetur pro exheredato, pro exonerato habeatur. Quam in rẽ textus est & elegans & apertus in *l.si instituta 27.§. vlt. & in l.seq. D. de inoff. test.* In filio à patre præterito alius tractatus esset, si ad paternam quoque præteritionẽ Iustiniani constitutio traheretur. Præteritio enim paterna pro præteritione est, non pro exheredatione. Eáque res interpretibus errandi caussam fortasse præbuit: exo stimantibus Iustinianeæ cõstitutionis sententiam generalẽ esse ad quamlibet

præte-

præteritionem. Potest verò non malè ad propositam quæstionem & sententiæ nostræ confirmationem accommodari quod scriptum est in *l. vlt. D. de hered. instit.* Nam cùm Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni Pactumeius Androstenes heredem ex asse scripsisset, eique patrem eius substituisset, ac Pactumeio Magno orato, rumoréque perlato quasi filia quoque ipsius mortua esset, mutasset testamentum, Nouúmque Rufum heredem instituisset hac præfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui, Nouius Rufus heres esto*: refert Paulus supplicatione Imperatori facta susceptáque cognitione visum esse Imperatori ex voluntate testatoris, Pactumeiæ Magnæ subueniendum,& hereditatem ad eam pertinere. Sed tamẽ legata ex posteriore testamento præstare eam debere, perinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta. An quod de ea legatis oneranda testator posteriore testamento sensisset? Minimè verò. Neque enim de ea cogitauerat, qui si cogitasset posterius testamentum non fecisset vt ex præfatione constabat. Neque rursum voluntas testatoris obscura est, quòd noluerit Pactumeiam Magnam priore testamento scriptam legatis oneratam intelligi, quippe à qua eo testamento nulla legata reliquerat. Ratio igitur propter quam visum est debere eam omnia quæ posterioribus tabulis fuerant relicta, non alia reddi potest quàm quòd posterius testamentum valeat, cui scilicet falsus modus, vt lex ait, non solet obesse, quamuis hereditas auferatur posteriori heredi qui non habet voluntatem, vt priori deferatur ex mente testatoris. Subsistente autem testamento nihil attinet quærere an testator qui eo testamento legata & fideicommissa reliquit de illo herede onerando cogitauerit necne, cùm fieri nequeat vt non ex eo testaméto quod valet omnia quæcunque in illo relicta sunt, debeantur, licèt appareat non fuisse testatorem ea relicturum, si talem sibi futurum successorem speraisset. Atqui in eo casu de quo tractamus, similiter euenit vt non valeat quidem testamentum quod ad heredis institutionem, sed tamen perinde valeat quod ad legata & fideicommissa acsi nullomodo ruptum proponeretur, ita constituto per Iustinianum iure, licèt inuita & reluctante iuris ratione, quamuis non sine exẽplo. Idem enim iam olim Hadrianus constituerat in testamento matris, quæ cùm filium militem falsò audisset decessisse, alios testamento instituerat heredes. *l. cùm mater 28. D. de inof. testam.* vbi quod additur *hîc illud adnotatum quod de libertatibus & legatis adiicitur, nam cùm in officiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*, nõ eò pertinet vt Hadriani cõstitutio corrigatur, sed vt intelligamus multum interesse an sola institutio euertatur ex defectu voluntatis, an verò totum testamentum per querelá inofficiosi testamenti. Hoc enim casu etiam legata & fideicommissa corruunt, adeò vt nec ab intestato debeantur, *l. Titia 13. eod.* Idem ergo iuris obtinere debet vt quáuis mater de filio quem ignoranter præterit, non cogitauerit (Dicá amplius) quamuis nihil ab eo fuerit relictura si de ipso cogitasset, perinde tamen legata & fideicommissa omnia præstare debeat, acsi ex eo testamento hereditatẽ obtineret. Nam quod Bartolus respondet tractari eo loco de præteritione quæ testamentum nec nullum nec ruptum aut irritum faciebat, ad rem non pertinet. Tractatur enim de ademptione quæ plus quàm præteritio est, de ademptione inquam ei facta, cui tamen non fuerat testator adépturus si putasset posse se habere eum heredem quem priore testamento instituerat. Et consequenter quæ ex defectu voluntatis non poterat valere, nec priorem in-

ſtitutionem euertere, non magis quàm præteritio poſthumi de quo præſertim pater non cogitauit, excludere poſthumum à legitima inteſtati ſucceſſione. Contrà enim prior inſtitutio euertit poſteriorem, ſicuti ius poſthumi ab inteſtato ſuccedentis euertit rumpítque teſtamentum in quo præteritus fuit, quia eodem inſtanti poſthumus præteritus & rumpit & ſuccedit, *l 5 de iniuſt. rupt.* Atqui non eo minùs prior inſtitutus qui ſuccedit ex inſtitutione nullis legatis grauata præſtat ea legata quæ poſteriore teſtamento fuerũt relicta, nimirum quia poſterius illud teſtamẽtum quod ad legata valet, neque euertitur ex defectu voluntatis niſi quod ad inſtitutionem, aut potiùs quod ad perſonam inſtituti, qui licèt poſterioribus tabulis ſcriptus ſit, non tamen habet pro ſe defuncti voluntatem. Recta igitur ratiocinatio eſt ab illa ſpecie ad hanc de qua nunc tractamus, in qua præteritio per matrem facta, ſolã inſtitutionem afficit non etiam legata, vt quanuis de filio legatis onerãdo mater non cogitauerit quæ nec de filio quidem ipſo cogitauit, perinde tamen filius legata omnia præſtet acſi ex eo teſtamento ſuccederet, quia & perinde valet teſtamentũ quod ad legata ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi neque quod ad inſtitutionem ruptum eſſet. Imò hoc plus eſt in ſpecie *d.l. vlt. de hered. inſtit.* quod legatorum præſtatione oneratur is à quo nihil teſtatorem legare voluiſſe conſtabat, qui ſcilicet nullis adſcriptis legatis fuerat inſtitutus. At præterito filio de quo mater non cogitauit, ſi neges debere eum legata teſtamento relicta, non poſſis æquè dicere in aperto eſſe quod noluerit mater eũ onerare, ſed hoc tãtùm quòd aiunt interpretes, non eſſe veriſimile quod eũ grauatura fuerit mater ſi de ipſo cogitaſſet. Quæ præſumptio tantùm eſt nõ probatio voluntatis. Facilius igitur eſt contra eam præſumptionem reſpondeamus pro conſeruatione legatorum relictorum in teſtamento quod hac parte vitiatũ non eſt, pro qua reſpõſum eſt in ſpecie *d.l. vlt.* id eſt tùm etiam cùm conſtat & in aperto eſt nõ fuiſſe teſtatorem eiuſmodi legata relicturum ſi ſperaſſet fore ſibi heredem eum quem prioribus tabulis ſine onere legatorum ſcriptum voluiſſet. Minùs verò vrget ratio alia qua Bartolus mouetur vt filiũ de quo teſtator non cogitauit, liberet à præſtatione legatorũ, ſumpto ſcilicet argumẽto à donatione inter viuos, quæ, inquit, licèt ſit multò fortior quàm legata vt iã facilè reuocari non poſſit, reuocatur tamẽ ſi poſt factã donatiõnẽ agnaſcantur donatori liberi de quibus ipſo donationis tempore non fuerit cogitatũ ex *l. ſi vnquam 9. C. de reuoc. donat.* Nẽpe ex coniectura illa pietatis de qua Papinianus in *l. cùm auus 102. De condic. & demonſtr.* quòd nõ ſit veriſimile patrẽ aut matrẽ alienam ſucceſſionẽ propriæ ſoboli antepoſiturũ fuiſſe ſi de propria ſobole cogitaſſet, quẽadmodũ Papiniani ratiocinationẽ interpretatur Iuſtinianus in *l. cum acutiſſimi 30. C. de fideic.* Primùm enim reſponderi poſſet quod nos docuimus & probauimus *lib. 7. Coniect. cap. 14.* f. l. ſum eſſe quod Bartolus cæteríque interpretes vulgò exiſtimãt donationẽ inter viuos ex ſola liberorũ ſuperueniẽtia reuocari. Speciale nãque ius illud eſt cõtra iuris rationẽ inductũ ex lege Cõſtãtini ad eas dũtaxat donationes pertinens quæ à patrono in libertũ collatæ ſint, nõ ad cæteras, in quibus perſona donantis non tanto fauore digna eſt cui aduerſus donatariũ ſuccurratur. Sed etſi generalis eſſet ea lex generalitérque intelligenda, quod nunquã admittã, tamen cùm nouum ius contineat à vera rectáque iuris ratione alienũ (ſolus enim *Carolus Molineus* ex omnibus quotquot vnquã fuerunt interpretibus ſcripſit idẽ iã olim obtinuiſſe) nõ video cur ex noua lege argumẽtũ ſumi debeat

beat potiùs quàm ex iuris ratione ad alias iuris partes interpretádas: Vulgatũ enim eſt, quod cõtra iuris rationem inductum primùm aut cõſtitutum fuit, ad conſequentias protrahi non debere. At neque recta eſſe poteſt hæc donationis & teſtamenti comparatio. Non enim ſicut donationi inter viuos factæ ineſt tacita illa conditio apud interpretes *ſi nulli adnaſcentur liberi*, ita & legatis etiam ineſſe dici poteſt aut teſtamento. Alioqui dicendũ eſſet ex tacita teſtantis voluntate rumpi teſtamentũ agnatione poſthumi pręteriti, qui tamen rumpit proculdubio contra voluntatem ſiue de eo fuerit cogitatum ſiue non. Ob idque nimirum tametſi ſcienter præteritus ſit, tamen rumpit & quidem in totum, quod ſecus eſt in donatione cuius tempore donator cogitauerit de excludendis liberis quandocunque naſcituris. Sed de cõiectura illa pietatis de qua in *d. l. cùm auus, & d. l. cùm acutiſſimi*, dicẽdũ aliquid nobis eſt, quoniam ea quoque videtur mihi non modò ab interpretibus & pragmaticis, ſed ab ipſo etiam Iuſtiniano malè accepta.

ERROR DECIMVS.

De coniectura illa pietatis de qua in l. cùm auus 102. De condic. & demonſtr.

HABENT frequenter in ore interpretes & pragmatici noſtri cõiectura illam pietatis de qua Papinianus in *l. cùm auus* 102. *de condic. & demonſtr.* ſicque paſſim eã interpretantur, vt dicãt non eſſe veriſimile teſtatorẽ alienã ſobolẽ propriæ anteponere voluiſſe. Sic enim & Iuſtinianus ipſe interpretatus eſt in *l. cùm acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* vbi perelegans illud Papiniani reſponſũ refert ac quàm maximè commendat. Quæ tamẽ interpretatio quàm aliena ſit à Papiniani mente apparet ex eo quod in ſpecie de qua Papinianus reſpondit, nõ aliena ſoboles per fideicõmiſſum ſubſtituta fuerat, ſed filius ipſe teſtatoris vno gradu proximior quàm nepos qui grauatus erat, duobus verò gradibus proximior pronepote, quẽ vult Papinianus in tacita conditione poſitũ intelligi ad fideicommiſſariũ excludendũ. Itaque ſi nihil aliud præter ius & cõiũctionẽ ſanguinis Papinianus reſpexiſſet: ex eáq; cõiũctione pietatis cõiecturã æſtimaſſet, proculdubio pro filio primi gradus eodémq; per fideicõmiſſũ expreſſim ſubſtituto cõtra pronepotẽ reſpõdiſſet. At vt pronepoti magis quàm filio in nepotis grauati portione fauendũ eſſe putauerit, ex eo factũ eſt, quòd impia videatur futura illa interpretatio per quã liberi à parentis inteſtati portione excludãtur vt ea portio alij ex fideicommiſſo reſtituatur, ſiue teſtatori proximior ſiue ab eo remotior proponatur. Quẽadmodũ enim impius eſſe creditur pater qui ſine cauſſa hereditatẽ ſuã filio adimit vt alium ſibi eligat ſucceſſorem, ob eámque cauſſam dicimus teſtamentum eo caſu vel nullũ eſſe & inuſtum, vel per querelã inofficioſi teſtamenti aliámve iuris viam reſcindendum, ita & impietati quodammodo fauere velle videatur is, qui heredis grauati liberis ereptam velit portionem patris quam alij reſtitui iuſſit. Proinde coniectura pietatis æſtimanda non tam ex teſtatoris animo quàm ex officio patris erga liberos, facit vt potiùs credendus ſit teſtator heredem grauatum non aliter cogendum hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, quàm ſi ſine liberis moriatur, quaſi plus dixerit & minùs ſcripſerit.

Digitized by Google

Quòd si ita est, consequens fiet nihil interesse an testator sit ex ascendentibus, an extraneus. Omni enim casu eadem vrget coniectura pietatis, si ea coniectura ex patris grauati nō etiam ex testatoris pietate & officio depromatur. Atque ita mihi aliquando videbatur, scripsique *lib 7. Coniect. cap. 14.* Sed me nunc in contrariam sententiam illud vocat quòd v deo Papinianus in *d.l. cùm auus*, nō sine causſa de auo testatore loqui, nimirum vt intelligamus nō idem illum sensisse in extraneo: Cuius sanè dispar in eo ratio est quòd pietatem nullam debet heredis grauati liberis, quam procul dubio debet auus pronepoti. Non enim quòd habeat filium duplici gradu proximiorem, facere potest vt pronepoti ex alio filio nepotéque premortuo, atque adeò ceteris in infinitum descendentibus omnibus cuiuscunque gradus sint, minore pietatis officio obstrictus videri debeat, quod ad eam scilicet portionem quam filio suo eidémque pronepotis huius auo reliquisset, si testamenti tempore viuum habuisset. Habet enim habuitque semper locum ius repræsentationis in infinitum in descendentibus, etiam quod ad ius succedendi *§. cùm filius instit. de hereditat. quæ ab intestat. defer.* multo igitur magis quod ad ius & officiū pietatis, quæ nonnullis casibus etiam post amissum ius succedendi eadem manet, neque ex succedēdi iure vnquam æstimatur, *l. nam etsi 17. D. de inoffic. testā. l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. liber.* Accedit quod ita Papinianus loquitur, *quòd plus dictū minùs scriptum inueniatur*: quæ verba haud dubiè ad testatorē referuntur. Ad eum igitur coniectura quoque illa referenda est qua Papinianus mouetur, & consequenter in fideicommisso quod extraneus reliquerit, non similiter intelligetur tacita illa conditio *si sine liberis* quæ in aui testamento subintelligitur. Cæterùm numquam facere possis, vt ex eo Papiniani responso probetur quod aiunt interpretes, nō esse verisimile testatorem propriæ soboli alienam successionem anteponere voluisse, vt Iustinianus loquitur in *d.l. cùm acutissimi*. Multóque minus assequeris vt Papinianus eorum sententiam adiuuet qui putant filium ignoranter prætéritum, siue succedat ex testamento per *Auth. ex causſa C. de liber. præter.* siue ab intestato propter clausulam codicillarem, ea legata non debere quæ testamento relicta extraneis fuerunt.

***

ANTO-

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGESIMA PRIMA.

ERROR I.

De pacto legis commissoriæ in pignoribus.

LEx commissoria nihil aliud quàm pactum est, adhiberi solitum olim non in venditionibus duntaxat, sed etiam in pignoribus, sed aliter in his, quàm in illis. Nam in venditionibus sic adhibebatur, vt si pretium sua die solutum non esset, res fieret irempta, quod casu non tam sub conditione contracta venditio quàm sub cõditione resoluenda dicebatur, *l.1. D. de leg. commiss.* qui titulus licèt sit generalibus verbis conceptus, non tamen adeò generalis est vt ad quamlibet speciem legis commissoriæ pertineat, sed ad eam duntaxat quæ venditionibus accommodatur. In pignoribus verò non sic simpliciter adhibebatur, vt si pecunia pro qua pignus datũ erat sua die soluta non esset, pignus ipsum creditori acquisitũ intelligeretur, quomodo non pragmaticos tantũ, sed plerosq; etiam doctiores sentire video. Sed ita demùm si contracta esset fiducia, quæ ipsa nihil aliud erat quàm lex cõmissoria in pignore cùm pignus creditori mancipabatur, aut in iure cedebatur ea lege, vt soluta ad diẽ pecunia remanciparetur, non solutâ creditori pleno iure cõmitteretur. Quod genus contractus speciali nomine Fiducia dicebatur, non tã à pignoris contractu aut genere, aut specie discrepans, quàm pignoris speciẽ quandã cõstituens, vt ex eo apparet q; distractis à creditore fiduciis, de superfluo aduersus eum debitor habebat actionem, vt est apud Paulũ *lib. 2. sent. tit. 13. §. 1.* non secus acsi nudũ pignus contractũ fuisset, *l. eleganter 24. §. si vendiderit. de pign. act.* Itémq; ex aliis locis in hãc rẽ citatis per And. Tiraq. in *præf. de retract. cõuen. in fi.* Sic enim pignus contrahi necesse erat vt vel mãciparetur, aut quod effectu idem erat, cederetur in iure creditori per debitorem ad transferendum dominium in creditorem, vel simpliciter constitueretur, id est ita vt res quidem creditori obligaretur, sed tamen proprietas maneret penes debitorem. Prior species pignoris fiduciæ nomen sumebat. Posterior nomẽ generis retinebat, vt simpliciter pignus diceretur. Cæterùm vterq; cõtractus erat bonæ fidei, quia vterque erat pignoratitius, vt ex Isidoro & Cicerone in Officiis probat Iacob. Cuiacius ad Paulum supradicto t. 13. qui inscriptus

eſt *de lege cõmiſſoria*,nec tamẽ ad eã legẽ commiſſoriã vlla ex parte pertinet, quæ in venditionibus adhibebatur,ſed ad hanc dũtaxat quæ in pignoribus. Illi non ſolùm diſſimilem,ſed etiam penè contrariam,quia quę in venditionibus adhibetur,eò ſpectat vt dominium quod emptori ex pura venditione acquiſitum erit,eidem ſub conditione auferatur,ſcilicet ſi pecunia de qua pretij nomine conuenit,intra dictam diem ſoluta non erit.Quæ verò in pignoribus adhiberi ſolita erat,potiùs eò pertinebat vt dominium per mancipationem,aut in iure ceſſionẽ acquiſitum creditori penes ipſum maneret pleno iure in eũ caſum quo pecunia debita ſuo die ſoluta non fuiſſet. Quãquam ſi contrario euentu pecunia ſuo die ſoluta eſſet,faciebat pactio cõmiſſoria vt dominium pignoris debitori reſtitui oporteret. Per contrariã ſcilicet remancipationẽ,qui ſanè præcipuus fiduciæ effectus erat.Vt enim dominium quod per mancipationem aut ceſſionem in iure creditori quæſitũ eſſet,nunquã ab eo diſcedere poſſet,nulla pactione opus erat.Sufficiebat enim ſemel tranſlatum fuiſſe à debitore in creditorẽ,vt perpetuò penes creditorẽ remaneret,cùm ratio iuris non patiatur vt vel ad tempus dominium tranſferatur,vel quod alicuius eſſe cœpit inuito ei auferatur,*l.ſi ego.9.§.1.D.de iur.dot.& vulg.l.id quod noſtrum* 11.*de reg.iur.*At vt dominium quod per mãcipationem aut ceſſionẽ in iure amiſſum fuiſſet à debitore ad eum nihilominus recurreret,pactio erat neceſſaria,nec pactio tantùm,ſed etiã remancipatio,aut retroceſſio in iure,quia non nudis pactionibus rerum dominia tranſferuntur,*l.traditionibus* 20.*C.de pact.*adeóque nec nudis traditionibus,id eſt quæ iuſtam & legitimã cauſam nullam habeat,*l.nunquam nuda traditio* 31.*D de acquir.rer.dom.*Qualis proculdubio illa fuiſſet ſi creditor per mancipationem aut ceſſionẽ in iure pignoris dominus effectus,accepta poſtmodum à debitore pecunia pignus ei reddidiſſet.Nõ.n.dominij transferendi cauſa iuſta eſt illa ſi ex vna parte pecunia numeretur,ex alia verò res aliqua tradatur, niſi ea numeratio,& viciſſim traditio fiat ex eo iure quod & legibus ſit cognitum,& proidoneo habitũ vt transferendi dominij cauſam præbere poſſit. Vnde illud etiã olim fiebat quod multò magis mirũ eſt, nec niſi à paucis animaduerſum,vt ſi res à teſtatore per fideicommiſſum relicta ab herede tradita eſſet,adeóque ex cauſa illa fideicõmiſſi quantumuis vtiliter relicti, dominium tamẽ per eiuſmodi traditionem in fideicommiſſariũ transferri non poſſet,*l.3.D.ſi vſufr.pet.*Nimirũ,quia cùm eſſent fideicõmiſſa iuri ciuili prorſus incognita,nec niſi ex Prætoris fideicõmiſſarij iuriſdictione penderẽt,nõ poterat cauſa illa fideicõmiſſi iuſta videri & legitima,nec proinde facere vt dominium transferri poſſet per ſubſecutã traditionẽ quæ iuſtam & legitimã cauſam non haberet.In propoſito igitur,id eſt contracta fiducia,pignoriſque proprietate per mancipationem aut ceſſionem in iure alienata,& in creditorem tranſlata,non potuiſſet nuda pignoris retrotraditio dominium debitori reddere, ſed mãcipatio aut retroceſſio neceſſaria erat, quia nonniſi ſex erant iuſti modi transferendi olim iure Quiritiũ dominij,vt Vlpianus refert in Titulis,*tit.19.de adquiſ.rer.*Inter quos ſicuti iuſta traditio fuit,ita & mancipatio,& ceſſio in iure.Ex quo apparet legem illam commiſſoriam in pignoribus apponi ſolitam debitoris ſolius,non etiam creditoris fauorem reſpexiſſe,cùm nõ aliam ob cauſam adhiberetur,quàm vt amiſſam proprietatem debitor recuperare aliquando poſſet,quaſi quam nec fuerat alienaturus,ſi non eius quandoque recuperandæ fiduciam contraxiſſet.Sed tamen

dabat

dabat ea res fraudis doliq; materiâ fœneratoribus, qui vt plurimùm pro ære modico fiducias magni valoris accipiebant. Indéque tandem factum eſt, crescente in dies legis commiſſoriæ aſperitate in pignoribus, vt infirmari eam omnémque in poſterum eius memoriam aboleri Conſtantinus Imp. voluerit in *l. vlt. C. de pact. pign.* Quæ res fecit vt nullam huiuſmodi contractus mentionem aut in Digeſtis aut in Codice nobis Iuſtinianus reliquerit. Extant tamen eius veſtigia quædam pleriſque locis quibus videas tractari de pignore ſic dato vt proprietas maneat penes debitorem: quemadmodum in *l. cùm & ſortis* 35. §. *vlt. D. de pignor. act. Pignus*, inquit Florentinus, *manente proprietate debitoris ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem*, ad differentiam ſcilicet fiduciæ quæ non modò poſſeſſionem, ſed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat. Quæ cùm ita ſint apparet non ſolùm pragmaticos, ſed ipſos etiam interpretes quoties de pacto legis commiſſoriæ loquuntur, in multis errare. In eo primùm & abſurdiſſimè quòd *pactum legis cõmiſſoriæ* dicunt. Nam cùm lex ipſa commiſſoria nihil aliud ſit, quàm pactum, vt diximus, perinde eſt acti pactum pacti commiſſorij appellarent. Nili fortè meptiore errore legem commiſſoriam ſic intelligunt quaſi aliqua ſit ex legibus populi Romani, vt à Franciſco Hotomano traditum eſt. Legem enim hîc cùm dicimus pactionem intelligimus, quam idcirco legem appellamus quia iuſtæ conuentionis cuiuſlibet ius hoc eſt, vt legem det contractui. *l. 1. §. ſi conuenit 6. D. depoſit. l. contractus 23. D. de regul. iur. l. legem 10. C. de pact.* quam & formam vocat Vlpianus in *l. in conuentionalibus 52. D. de verb. oblig.* Ergo legem commiſſoriam dicere ſemper debemus, nunquam pactum legis commiſſoriæ, licèt non ignorem ita etiam dici ab Innocentio in *cap. ſignificante, Extr. de pign.* ſecuto videlicet interpretum errorem, vt aliis pleriſque locis à reſcriptorum Pontificiorum compoſitoribus factum eſt. De quo dicemus *inf. Err. 8.* Errant etiam in eo noſtri, quòd legem & pactionem iſtam commiſſoriam in pignoribus ita concipi ſolitam eſſe putant, vt ſi pecunia pro qua pignus obligatum eſt, intra certam diem non ſoluetur, dominium pignoris acquiratur creditori, iſque non vulgarium dũtaxat, ſed politiorum quoque interpretum error eſt: cùm tamen appareat ex ſuperioribus legis commiſſoriæ poteſtatem non in eo elucere vt in caſum non ſolutæ pecuniæ acquiratur dominium creditori, ſed ex contrario potiùs in eo, vt dominium creditori iam acquiſitum per mancipationem reddat debitori, & quidẽ per remancipationem, in eum caſum quo debitor pecuniã creditori poſteà ſoluerit. Nuſquam enim reperias fieri per conuentionem potuiſſe, ne quidem ante tẽpora Conſtãtini, vt in caſum vllum pignoris dominium acquireretur creditori, niſi mancipatio ſecuta, & fiducia contracta eſſet, nempe quia non eſt pignoris titulus habilis ad inducendam dominij tranſlationem, etiã ſecuta traditione, quandoquidem qui ſimpliciter dat rem pignori, hoc tantũ agit vt eam obliget, non vt alienet. Mancipatio plus quàm traditio eſt. Inducit enim ſemper tranſlationem & alienationem dominij, vnde & nomen habet. Nam & inde differentia nulla eſt rerum mancipi, & nec mancipi apud Vlpianum in Titulis. At traditio omnis alienatio quidem eſt at non ſemper dominij, ſed interdum etiam ſolius poſſeſſionis. Porrò facta mancipatione ſupernacua eſt pactio quæ adhibeatur fauore creditoris, cui iam plus quàm ſatis per mancipationẽ proſpectũ eſt, ſed proſpicere debitori ſibi debet vt quandocunque pecuniã ſolutã rem ſuam recuperare poſſit, non ed ũ

cam faciles esse debitores soleant ad indulgendum creditori quicquid is voluerit, vbi iam sub pignore pecuniam acceperit. Quæ ratio si recta est, penes meo iudicio refert, an incontinenti cùm pignus acceptū est, an longo postea interuallo lex cōmissoria adhibita sit. Sed illa potius distinctio probanda est, An de pignore tunc conuenerit, cùm pecunia debitori numerata fuit, an ex postfacto. Nā cùm pignus quandocunque dari possit post contractam sortis obligationē, nec vt incōtinenti detur necesse sit, non magis verendum est ne inopē debitorem ad iniquas cōuentiones inuitū adigat creditor qui ex interuallo post numeratam pecuniam sic pacisci tur de pignore, vt legem commissoriā incontinenti adhibeat, quàm si numerationis tempore pignoris conuentio interposita, deinde ex interuallo lex cōmissoria sub secta fuisset. Sola enim cōquirendæ pecuniæ necessitas, & contrahendæ auiditas illa est quę efficit vt nihil non largiturus sit debitor creditori, quantūuis iniqua pactio sit quam extorquere à debitore creditor velit. Illud autē obseruari volumus, nos cùm de cōmissoria lege hīc tractamus, legē eam sic interpretari, quomodo ab interpretibus & pragmaticis vulgò accipi fuerit monuimus, cùm pignus datur aut retinetur ea lege vt si intra certū diem pecunia non soluetur, maneat pro debito emptū creditori. Alioqui secundùm eam sententiam quę magis à nobis probata est, non de lege cōmissoria ex interuallo adiecta quęrendū esset, sed sic potius cōcipienda quæstio, An valeret conuentio de pignore ita constituto vt ob nō factam suo die solutionē creditori emptū esset, siue incontinenti siue ex interuallo post datū pignus ea conuentio facta proponeretur: quæ cōuentio prorsus aliena est à formulæ legis commissoriæ, quā in emptionibus & venditionibus primùm vsurpatam, deinde ad causam pignoris fiduciarij translatā fuisse certū est, & cōsequenter non dissimilē verborū conceptionem hoc & illo casu habuisse. Iā autē monuimus, In emptione & venditione sic cōcipi legem cōmissoriā, vt si ad dictā diem pretium nō soluetur, fundus sit inemptus, *l. 1. 2. 3. & pass. D. de leg. commiss.* Cur ergo sic eā ex contrario in pignore concipiamus, vt si pecunia ad diē nō soluetur res obligata sit empta: Imò verò tū demū lex cōmissoria in pignore adhibita intelligetur, cùm cōuenerit vt res nō tātū obligata, sed etiā mancipata & alienata remancipetur debitori, & ad eū redeat si ad diē pecunia soluetur. Proinde sublato vsu mācipationis illius fiduciariæ vt proximo capite dicebamus, nihil amplius est quod de lege commissoria in pignoribus tractari possit, siue incōtinēti, siue ex interuallo ea pactio adiecta sit de qua disputamus. Sed vt cū pragmaticis & interpretibus certare liceat, loquamur obsecro eorum verbis, & quæramus, an valeat eiusmodi cōuentio quā illi legē commissoriā appellant. Prius autē de illo videamus, an valeat si incontinenti facta sit, mox inuestigaturi quid si ex interuallo. Et quidē extat elegans nec obscura Marciani sententia in *l. si fundus 16. §. vl. D. de pign.* Posse ita fieri pignoris hypothecæve donationē, vt si intra certū tēpus nō sit soluta pecunia, iure emptoris possideat creditor rē iustō pretio tūc æstimādā: Eo nāq; casu videri quodāmodo cōditionalē esse venditionē, & ita Diuos Seuerū & Antoninum rescripsisse. Quibus verbis non obscurē innuit Marcianus, iā olim ita ius fuisse, vt nō valeret ea pactio qua pignus in casum pecuniæ suo die non solutæ creditori pro ipsius debiti quantitate emptū intelligeretur. Alioqui quid attinebat de ea conuentione tractare, qua & iusti pretij mentio adderetur, & illam iusti pretij definitionem in id tempus cōferret, quo soluti pecunia de-

buſſet? An verò pactioné iſtã omni tempore idcirco inutilé fuiſſe dicemus, q̃ contineat legem cõmiſſoriã, vt vulgò creditũ eſt? Minimè verò. Nã Marciani temporibus nondum antiquata erat lex cõmiſſoria in pignorib. quam primus antiquauit Cõſtantinus, qui multis poſt Seueri & Antonini ætatem ſęculis imperauit. Sed veteris huiuſmodi iuris ratio illa fuit, quòd fieri non potuerit vt in eundé caſum idémq; tempus & pignus contractũ, & venditio pignoris facta videretur. Sunt.n. contractus iſti diſparati, & vt loquũtur incõpatibiles, quoniã qui pignus dat ſimpliciter, id eſt, neque mancipatione intercedente, neq; fiducia, id omnimodo agit vt rei proprietatem ſibi retineat, ſolã verò poſſeſſionem transferat in creditorem, *l. cum & ſortis 35 §. vlt. D. de pign. act.* Qui verò vendit licèt ad hoc præcisè non ſit obligatus vt rei venditæ dominiũ trãsferat in emptorẽ, ſed tantùm vt rẽ tradat (finge.n. alienã rẽ eſſe venditã cuius proinde dominiũ à non domino transferri nequeat, nõ eo minùs vẽditio valebit, *l. rẽ alienã. 28. de cõtr. empt. l. ex empto 11. & paſſ. D. de pẽt. empt.*) id tamen omnino agere cogitur vt quicquid iuris habet trãſferat in emptorẽ. Ergo & dominiũ, ſi dominus ita ſe proponatur, *d. l. ex empto. §. 1. l. ſi quis alienã, 46. eod.* Atqui pignus in eũ præcipuè caſum datur, quo ſoluta creditori ſua die non erit pecunia. Caſus.n. ille eſt in quem ſibi cautũ & proſpectum vult creditor, qui pignus accipit, licet ſtatim atq; cõuenit de pignore, & priùs etiã quàm ſolutionis dies venerit, pignus cõtractum intelligatur. Conſequẽs igitur eſt, vt in eũ ipſum caſum eiuſdẽ pignoris venditio cõtrahi nõ poſſit, quod tamen eueniret, ſi pignus ſic dari poſſet vt in caſum pecuniæ ſua die nõ ſolutæ creditori emptũ eſſet, debitiq; quãtitas cederet in pretij locũ. Ita.n. fieret vt eadem pecuniæ quantitas, & pignoris cauſam induceret, & faceret pretiũ emptionis, quod ſanè fieri non magis poteſt, quàm vt pignus quodlibet emptionis nomine iuréq; cenſeatur. Nõ idem eſt ſi conuenerit, vt ob non ſolutã ſua die pecuniam retineat creditor iure emptoris rem obligatam tunc iuſto pretio æſtimandam. Adiecta.n. iuſti pretij mentio facit vt appareat, id actum eſſe inter debitorem & creditorem, vt pecunia debita pretij loco non eſſet, quæ nec ſanè iuſtum pretiũ efficere vtiquã poteſt, cùm vix ſit vt nõ multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur. Proinde nihil obſtat quominùs & contractum pignus, & venditio conditionalis facta eſſe exiſtimetur. Conditionalis inquam, non tam ob eam pactionis conditionem *ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit* (eſt.n. illa naturalis tacitáque pignoris non venditionis conditio, *l. grege. 13. §. etiam. D. de pign.* quàm ob collatam in alienum arbitrium pretij taxationẽ, *l. hac venditio. 7. D. de contr. empt. l. vl. C. eo.* Itaque pone ſic datum eſſe pignus, vt ſi centum quæ debentur ſuo die ſoluta non erunt, creditori emptũ illud ſit pretio ducentorum, An dicemus valere conuentionem iure conditionalis venditionis? Vtique.n. nemo dixerit putè contractam venditionem ab eo qui de pignore purè contrahendo cogitauit. Et non puto poſſe defendi tanquam venditionẽ, ne quidem conditionalẽ: quia ſeipſam deſtruit conuentio quæ eodem tempore & pignus facit & venditionem. Nec quod venditio in certũ dũtaxat caſum fiat, ad rem pertinet. Idem.n. ille caſus eſt in quem tota pignoris vtilitas confertur, cùm neque poſſit vtile videri pignus quod diſtrahi nequit, *l. ſi conuenit. 4. & ſeqq. D. de pign. act.* neque priùs ad pignoris diſtractionem perueniri quàm dies præterierit, intra quam ſolui omnino debuit, *l. cùm ſoluenda 4. D. de diſtract. pign.* Quod dixeram eſſe, cùm pretij conuentio in id tempus dilata fuit, quo

pignus

pignus ob nõ ſolutã ſua die pecuniã à creditore diſtrahi iure creditoris etiã citra conuentionem poſſet. Nõ.n.eo caſu poteſt videri eodẽ tempore contracta vẽditio quo & pignus, quandoquidẽ ante pretij conuentionem nulla emptio cõtracta videri poteſt; at ne quidẽ obligatio vlla ex qua poſſit agi vt conditionalis venditionis cõditio impleatur, *l.cùm ab eo* 41. *D.de contr.emp.* At neque debitoris quicquã intereſt vtrũ poſt diẽ ſolutioni dictam pignus in eo ſit, vt boni viri arbitrio æſtimandũ ſit iuſto pretio ad perficiendã conditionalẽ venditionem, An in eo vt poſſit illud creditor proprio iure diſtrahere, nulla quoq; præcedẽte de diſtrahendo cõuentione. Neq; tamen conſequens fiet, vt inutilis ob eã cauſam videri debeat pignoris conuentio quaſi ſola conditionali venditione facta. Nã cùm priuſquàm de pretio conuenerit nulladum emptio eſſe intelligatur, v diximus, pignus interea eſſe & manere neceſſe eſt: cuius commodũ & vtilitas in hoc ver ſabitur, vt retineri interim poſſit, adeóq; etiãſi pecunia debita, dũmodò nõ niſi poſt diẽ, offeratur, nimirũ vt cogatur debitor cõuẽtioni ſatisfacere, & vẽditionis conditionem implere, ad quod alioquin cogi nõ potuiſſet. *d.l.cùm ab eo.* Quidni verò ad conditionalis venditionis cõuentionem implendam pignꝰ retineri poterit, quod etiã ob chirographariã pecuniã quãlibet retineri poſſet? Deniq; non poteſt pignus ſic contrahi, vt venditio vlla ſiue pura ſiue conditionalis ſimul contracta eſſe intelligatur, ſi iã tũ cùm pignus dabatur de pretio cõuenerit: quoniã pignus & vẽditio, vt diximus, ſe mutuò non compatiuntur. Dilata verò in aliud tẽpus conuentione pretij nihil vetat, pignus ita contrahi vt ex eo tempore obligetur debitor ad vendendũ pignus ſub ea conditione, ſi vir bonus, aut quod ferè idẽ eſt, ſi viri boni arbitrio contrahentes pignus æſtimauerint. Qua etiã ratione admittã non illiberiter, ſi ex interuallo poſteaquã cõuenit de pignore, paciſcantur debitor & creditor vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatũ pro centũ aureis emptũ ſit creditori pro ducẽtis, valere conuentionem & ex eo iã tempore contractã intelligi venditionem cõditionalẽ quia licèt pignus ſic dari nõ poſſit vt perfecta cõditionalis venditio ſimul cõtrahatur, rem tamen ipſã quæ iã obligata eſt nihil vetat vendi ſiue purè, ſiue ſub conditione, nec minùs creditori quàm alij cuilibet: cũ creditor hoc caſu nõ tãquam creditor contraxiſſe intelligatur, ſed tanquã quilibet alius. Neq; verò id Marcianꝰ negat in *d.l.ſi fundus* 16.§.*vl.* D.*de pign.* Tractat.n. caſũ illũ quo pignus ſic datũ ſit, vt de ipſius quoq; venditione ſimul actũ fuerit. In quẽ demũ, vt diximus, caſũ illa cadit diſtinctio, an de pignoratæ rei pretio ſimul & ſemel cõueniat nẽcne, vt priore caſu non valeat pactio, valeat poſteriore. Etſi nãq; fatẽdũ eſt vtrãque cõditionalẽ eſſe venditionẽ ſiue in id tẽpus quo ſoluta eſſe debuit pecunia, æſtimatio cõferatur, ſiue ab initio pignus æſtimetur vt emptũ maneat illo dũtaxat caſu ſi pecunia debita ſuo die ſoluta nõ erit, hoc tamen intereſt, ꝙ cũ ab initio conuenit de pretio pignoris, emptio iã tũ contracta factáq; intelligitur, licèt non omnino pfecta propter adiectã cõditionẽ: cùm verò in aliud tẽpus collata pretij cõuẽtio eſt, nulla prorſus emptio facta intelligi poteſt ne quidẽ ſub cõditione, ſi quidem venditio tota ex pretij cõuentione æſtimatur. In eo quoq; intereſt, ꝙ cũ ab initio de pignoris pretio cõuenit, id certè agitur vt creditor pignoratitius, quatenùs nõ ſolùm creditor, ſed etiã pignoratitius eſt, eodẽ inſtãti fiat emptor licèt ſub cõditione, ꝙ non magis fieri põt q̃ vt purè, quãdoquidẽ cõuẽtiones oẽs etiã cõditionales ex p̃ſenti tẽpore vires accipiũt, ita vt ſi quęrãt, an valere poſſint nẽcne,

nō aliud tēpus ſpectandum ſit quàm quo initæ fuerunt. *l.ſi filius familias 76. D.de ver.oblig.l.vlt. D.de ſtipul.ſeruor.* Cùm verò pretij conuentio fit ex interuallo, ſiue ob pactionē quæ in ipſa pignoris datione interuenerit, ſiue ex poſtfacto quoque conuenerit de vendendo, nō id agitur vt creditor fiat emptor tanquā creditor, ſed tanquam alius quilibet: in eo autē ipſius duriorem quam alterius cuiuſlibet conditionē eſſe vt nō poſſit emere à volēte debitore eā rē quā ipſo etiā inuito alij diſtrahere quandoq; poſſit, durū certè ac inciuile eſſet. *l.reſcriptū.12. D.de diſtract.pignor.* An ergo ſimiliter admittemus, quod interpretes & pragmatici volunt, valere pactionē iſtam vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptū ſit creditori pro ea quātitate quæ debetur, dūmodo fiat pactio ex interuallo? minimè. Obſtat.n. eadē ratio, quæ obſtaret ſi incontinēti talis pactio adhibita proponeretur. Illa nimirū quā diximus, ꝙ fieri nequeat vt eiuſdē conuentionis poteſtate, eadē pecuniæ quantitas, & contrahēdo pignori & ineundæ venditioni ſubſeruiat, id eſt, vt creditor pignoratitius, quatenus creditor pignoratitius ſimul & ſemel fiat emptor ſiue purè, ſiue ſub cōditione. Atqui ꝙ huiuſmodi pactio ex interuallo poſt contractū pignus adhibita ſit, nō facit quominùs idē & creditor, & emptor fieri ſimul velit, quādiu id agitur vt eadē pecuniæ quātitas pro qua pignus datū eſt, manēte ſemper pignore, in pretiū quoq; cedat. Illud ergo ad cōditionalē venditionē vtiliter cōtrahendam omnino neceſſe eſt, vt & ex interuallo, & mutata pretij quantitate fiat ea pactio, aut, quod nō valdè diſſimile eſt, vt ſi incōtinenti fiat, conferatur tamen ipſa conuētio precij in aliud tempus, tametſi nihil prohibeat ex alio tempore pretiū tale conſtitui ꝙ nō excedat debitā quantitatē. Sufficit.n. non ex præcedentis conuentionis poteſtate id fieri, ſed vel qua alia ratione, vel caſu. Iſq; meo iudicio Marciani ſenſus eſt in *d. §.vlt.l.ſi fundus.* Nec pragmaticos, & interpretes iuuare poteſt quod Marcellus tractat in *l.Titius 34. D.de pign.act.* valere pactū inter debitorem & creditorem initum, quo conuenit vt fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioquin ob nō ſolutam ſua die pecuniā diſtrahere pignus poſſet. Non.n. de caſuali, aut quod hac parte idē eſt, condicionali pignoris vēditione lex illa eſt, ſed de pura datione in ſolutū aut vēditione tunc facta cū iā in ſoluendo morā debitor contraxerat. Quę ſpecies longè differt ab illa, de qua diſputamus. Nemo ſiquidē negauit vnquā valere conuentionē ſi pro debito, purè vendatur res, quæ antea obligata tantùm erat *d.l.reſcriptū.12. D.de diſt. pign.l.cùm dominā.13. C.de pignor.l.in numerationibus 44. D de ſolut.* Nos verò illud negamus, valere conuentionem licèt ex interuallo factam, qua id agatur vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta nō erit pignus certo pretio iā tum conuento emptum ſit creditori. Bart. autē etſi horum caſuum diuerſitatem & diſtinctionē non obſeruauit, fatetur tamen hoc quod interpretib. placet, valere pactum, vt loquuntur, legis cōmiſſoriæ quoties ex interuallo adiectum eſt, hactenus verum eſſe vt vtile ſit ad excipiendum, non etiā ad agendum. Motus nimirum ex eo ꝙ Vlp. Calippo reſpondit in *l. Calippo 45. alias.l.quāuis. D.eo.tit.de ſolu.* Quāuis ſtipulanti vxori vir ſpopōderit, dirempto matrimonio prædia quæ doti erāt obligata in ſolutum dare, tamen ſatis eſſe offerri dotis quantitatē. Qui tamen locus ſi verum amamus, quāmaximè alienus eſt à propoſita diſputatione. Nec.n. ad pignoris vēditionē aut dationē in ſolutum pertinet, ſed tantū ad promiſſionē de dādo in ſolutū, quæ ab ipſa datione multū diſtat, ſicut & longè aliud eſt ſi quis vendat aut donet. Aliud

verò

vetò ſi promittat ſe venditurum aut donaturum, quẽadmodũ idẽ Bart. tractat *ad l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Quãquam & illud multò facilius eſt, vt ex promiſſione de vendendo obligetur quis ad vendendũ, quàm vt ex promiſſione de dando in ſolutũ dare poſteà teneatur. Habet enim omnis eiuſmodi promiſſio De in ſolutum dando, tacitam conditionem neceſſariam & inſeparabilem, ſi debitum manebit, quę conditio deficit oblata quandocunque ea pecuniæ quantitate quæ debetur. Adeò enim non valet datio in ſolutum ſi nihil debeatur, vt etſi per errorem facta ſit pro maiori quantitate quàm quæ re vera deberetur, nulla ex parte valeat, ne quidem ad inducendam pro eo quod re vera debetur liberationem, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. vbi & Bart. tractat. D. de condict. indeb.*

ERROR TERTIVS.

De lege commiſſaria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam.

NEo ſanè cum interpretibus ſentio, quod aiunt, nõ magis valere pactionem vt ob nõ ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum, quàm vt pro debiti quantitate venditum intellegatur, quoniam datio in ſolutum venditioni ſimillima eſt, eodẽmque ferè in omnibus iure cenſetur. Præſertim cùm vtrique commune illud ſit, vt ſiue pignus vendatur, ſiue in ſolutum detur, non tantùm debiti, ſed, quod omnino conſequens eſt, etiam pignoris obligatio tollatur, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. de cond. indeb. l. in numerationibus 44. de ſolut.* Inde namque fit, vt non magis pignus cum datione in ſolutũ concurrere poſſit quàm cũ venditione. An ergo ſimiliter dicemus, quo caſu valeret datio pignoris ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur quemadmodũ in ſpecie *d. l. ſi fundus 16. §. vlt. de pignor.* eodẽ caſu valiturã in ſolutũ donationẽ? Ita pragmatici putant, nullã prorſus hac parte differentiã agnoſcentes inter venditionẽ & dationem in ſolutum. Sed nos negamus, quoniam in venditione illud vtilẽ facit pactionem, quòd pretij conuentio in aliud tẽpus confertur, ita vt neque venditio pignus impediat, neque à pignore impediatur. At in datione in ſolutũ nihil eſt quod in aliud tempus conferri poſſit, quoniã in ea pretium nullũ interuenit. Aut ſi quod interuenire intelligitur vt venditioni ſimilis videri poſſit, aliud eſſe id non poteſt quàm idipſum quod debetur: Alioqui ſi addas quid vel minimum aut detrahas, veram venditionem efficies, non donationẽ in ſolutum, eſſetq; hoc caſu datio in ſolutum perſimilis venditioni conditionali ſic initæ vt ab initio tamen de pretio conuenıſſet, quã nos ſuprà negauimus valere, tùm etiã cum alia pretij quàm debiti ratio in quantitate conſtituta eſt. Quanto minus igitur valebit datio in ſolutũ, quæ, vt diximus, non niſi pro ea ipſa quantitate quæ debetur, fieri poteſt? Dices fortaſſe, Rationi huic conſequens potius videri vt pactum, quod vocant, legis commiſſoriæ in donatione in ſolutũ non improbetur, quandoquidẽ eadẽ pecuniæ quantitas & pignori ſubſeruit, & dationi in ſolutum, quod in venditione diximus eſſe diuerſum. Reſpõdeo non eſſe rectam conſecutionẽ, quia licèt ea ipſa quantitas quæ debetur,

& pro qua pignus datum fuit, conueniat dationi in ſolutum, nihilomagis tamen pignus & datio in ſolutum ſe inuicem compatiuntur, imò tantò minus, quantò facilius eſt vt pignoris datio euadat in dationem in ſolutũ quàm in venditionem, cùm & ſolo etiam conſenſu perficiatur, præſertim poſſeſſione pignoris quod in ſolutum datur, penes creditorem iam conſtituta: nec vllam requirat pretij conuentionem. Nam ſtatim atque datio in ſolutũ perfecta eſt, nemo dixerit ſupereſſe obligationem debiti quod vtique pro iam ſoluto habetur. *d.§. ſi centum.* Et quamuis eadem ſit quantitas pro qua & pignus datur, & in ſolutum datio fit, alio tamen iure cenſetur quod ad cauſam pignoris attinet, alio quod ad dationem in ſolutũ. Siquidem in pignore ſpectatur tanquam debita, in datione verò in ſolutum tanquã quæ deberi deſinat, ſunt autem iſta prorſus cõtradictoria, vt eadem pecuniæ quantitas quaſi debita, & quaſi indebita conſideretur in eadem pactione. Idémque eſt ſiue in ipſa pignoris datione, ſiue ex interuallo conueniat de datione in ſolutum: ſecundùm ea quæ nos in ſuperioribus de venditione diſputauimus. At quid ſi crediderim tibi centũ, & priuſquàm de pignore vllo inter nos conueniret, id egerimus, vt ſi pecuniam ſua die nõ ſolueres, fundus Tiuanus mihi eo pretio emptus eſſet? Conditionalis emptio contracta videbitur, & ideò valebit, ſicut & datio in ſolutum ſi qua eodẽ modo facta proponatur *arg. l. vlt.* D. *de contr. empt.* Nec ad rem pertinebit quod poſteà & in eodẽ ferè inſtrumento conueniat de pignore ad contractum, vt fit, confirmandum. Alia namque ratio eſt pignoris, quod pro debito datur, alia eius quod ad venditionis ſiue puræ ſiue conditionalis contractum confirmandum adhibetur. Illud cum venditione aut donatione in ſolutum ſimul ſtare vt diximus non poteſt: Hoc poteſt & quidem cõmodiſſimè, tanquã acceſſorium, eaſdẽ, ſcilicet, quas ipſa venditio admittens conditiones. Ita fit vt ordo ſcripturæ ſpectandus ſit vt aliàs plerunque euenit, quoties nimirum inducit diuerſitatem iuris & volũtatis, *l. heredes mei* 57 *§. vlt.* D. *ad S.C. Trebell. l. quoties* 34. D. *de vſuf. l. generaliter* 24. *§. quid ergo ſi plures de fideic. libert.* Atque ita Senatum noſtrũ, cùm ex facto quæſtio incidiſſet, nonnullis licèt reluctantibus, aliquando pronuntiaſſe ſcio.

ERROR QVARTVS.

De *lege commiſſoria concepta per clauſulam*, Ex nunc prout ex tunc & contrà, *in pignore.*

QVOD interpretibus & pragmaticis noſtris placet pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ in pignoribus quoque valere ſi ex interuallo initum proponatur, facit vt non dubitent quin valeat, tum etiam cùm ab initio interponitur, ſi modò adiecta ſit vulgaris illa clauſula, notariis noſtris frequentiſſima *ex nũc prout ex tunc, & contrà*. Sic enim exiſtimant, clauſulę huius vim illam eſſe, vt ſufficiat vtrouis tempore fieri, quod ita fit vno tempore, vt in aliud tempus conferatur, dummodo alterutro fieri poſſit. Ego verò ſicuti non dubito, quin pactum huiuſmodi ſit fuerítque ſemper inutile in pignoribus, ſiue incontinenti adhibitum ſiue ex interuallo, vt in ſuperioribus diſputatum eſt, ita nec

hanc

Digitized by Google

hanc clauſulam *ex nunc prout ex tunc* facere poſſe arbitror, vt ea pactio defendatur, quæ neque nunc, neque tunc fieri poſſit. Plus puto, nec quicquam operari poſſe, imò nocere potiùs illo etiam caſu quo alioqui valitura pactio eſſet, collata in aliud tempus pretij conuentione. Vt puta ſi conuenerit in dãdo pignore, vt ob non ſolutam ſua die pecuniam poſſit creditor ſibi retinere emptoris iure rem obligatam iuſto pretio ex nunc prout ex tunc, & ex tunc prout ex nunc æſtimandam. Nego enim valere pactionem, quæ tamen vulgari illa clauſula non adiecta, proculdubio valeret, ſi Marciano credimus *in l. ſi fundus* 16. §. *vlt.* D*e pignor.* vbi quod ait *iuſto pretio tunc æſtimandam* oſtendit ſatis, non aliter poſſe defendi eiuſmodi conuentionem, quàm ſi æſtimatio illa iuſto pretio facienda, non in eum duntaxat caſum, quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, ſed in id etiam tempus expreſſim conferatur. Tritum enim eſt, articulo illo *tunc* extremi temporis tempus ſignificari, vt Pomponius ait *in l. ſi his legatum* 4. *in fin.* D*e condic. & demonſtr.* Cùm verò eius articuli adiectio idcirco neceſſaria ſit, quòd alioqui conuentio implicatura eſſet contradictionẽ ſi id ageretur vt ſubſiſtente adhuc pignoris obligatione venditio pignoris ſiue pura ſiue conditionalis iam facta perfectáque intelligeretur, vt docuimus in ſuperioribus, planè conſequens eſt, vt neque valeat conuentio hęc de qua agimus, ſi articulus ille *tunc* ſit omiſſus, neque rurſùm ſi articulus contrarius *nunc* ſit adiectus, qui vtique non poteſt non adiici in clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, & contrà.* Quoties enim de ea re agitur, quæ non niſi certo tempore fieri poteſt, ea ſi alio & proinde alieno tempore fiat, valere nullomodo poteſt. Exemplũ eſto in formula illa ſolẽni quã Gallus Aquilius tam ſubtiliter excogitauit ad faciendam vtilẽ poſthumi nepotis Aquiliani inſtitutionem, *Si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos, heres eſto.* Neque enim aliter fieri poteſt illa inſtitutio, quàm ſi adiectus ſit articulus *tunc* propter eas rationes quas in hanc rẽ nec inſubtiles nec inelegantes attulimus *lib. 9. Coniect. cap.* j. Niſi quod poſtquàm ſciri cœpit quomodo poſthumus is Aquilianus inſtitui poſſet, viſum eſt ſufficere ſic factam inſtitutionem verbis generalibus vt in caſum vtilẽ valere queat, dummodo caſus ille ex verbis concipi poſſit, vt Scæuola monet *in l. Gallus* 29. §. *quidam rectè.* D*e liber. & poſthum.* Finge autẽ ſic locutũ fuiſſe teſtatorẽ *ſi filius meus me viuo morietur, ex tunc prout ex nunc, & ex nunc prout ex tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos heres eſto.* An videbitur nepos vtiliter inſtitutus? Minimè verò. Adiectus namque articulus *nunc* facit omnino vt inſtitutionis tempore inſpecto alienus poſthumus inſtitutus fuerit, quem conſtat iure vetere inſtitui nullo caſu nullóque modo potuiſſe. Nec quòd articulus contrarius *tunc* non ſit omiſſus qui omnimodo addi debuit vitioſam inſtitutionem ſanare poteſt, quia ex tunc prout ex nunc inſtitutum nepotem auus voluit. Atqui ex nunc inſtituere non potuit. Ergo neque ex tunc benè inſtitutus videri poteſt. Alioqui non eſſet inſtitutus ex tunc prout ex nunc, & contrà. Cùmque inſtitutiones omnes, itémque ſimiliter conuentiones quod ad formam & ſollennitatem attinet indiuiduę ſint, neceſſariò euenire oportet vt quod alioqui vtile futurum erat, per id quod inutile eſt vitietur. Poſſentque alia eiuſmodi exempla penè innumera proferri ex iis rebus petita, quæ quoniam præſenti tempore fieri non poſſunt in aliud tempus ſunt conferendæ. Nihilque igitur proderit clauſulam

illam *ex nunc prout ex tunc & contrà* adiectam fuiſſe: Nihil prorſus, quinimo, vt iam dictum eſt, nocebit potiùs in iis actibus, qui non niſi alterutro tempore fieri potuerunt. Sanè ſi vtroque tempore expediri res poſſit, nihil omnino intererit an nunc fiat, an tunc: nec proinde an ex nunc prout ex tunc, aut contra ex tunc prout ex nunc. Itaque ſicuti clauſulæ illius adiectio hoc caſu non nocebit, ita nec proderit quicquam. Nam cùm in actibus potiſſimùm conditionalibus vſurpari hæc clauſula ſoleat, vt exiſtente quandocunque conditione perinde habeantur acſi purè & ex contractus tempore facti eſſent, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſi, appareat clauſulæ huius adiectionem ſicuti non impedit, quominus conditionem expectari, tandem que exiſtere oporteat, ita nec facere poſſe vt impleta quandocunque conditione aliquid egiſſe videatur, ſiquidem ea quoque non adiecta perinde ex præſenti tempore vires acceptura eſſet conuentio, & eodem prorſus in omnibus iure cenſenda, quo ſi purè facta eſſet, quia nec exiſtens quandoque conditio aliud adfert, niſi vt purè factum intelligatur, quod reuera factum eſt ſub conditione *l. potior* 11. §. *videamus.* D. *qui potior. in pign. hab.* De quo plura ſcripſimus *lib.* 15. *coniect. cap.* 6. & 7. vbi etiam monuimus diſtinguendas eſſe hac parte conditiones, quæ aut merè caſuales aut mixtæ ſunt, ab iis quas potestatiuas noſtri appellant, quòd earum implementum ſit in poteſtate debitoria, & ex eius voluntate pendeat. Nam in caſualibus & mixtis id demum obtinet generaliter & indiſtinctè, quod diximus earum euentu & implemento fieri vt purè factum videatur quod non niſi ſub conditione factum fuerat, adeò vt eorum qui medio tempore cum eodem debitore purè contraxerunt, non idcirco potior cauſa haberi poſſit. *l. qui balneum* 9. *eod. tit. qui potior. in pignor. hab.* In poteſtatiuis verò contrà ſeruatur, vt in debitoris duntaxat odium & incommodum puta exiſtimetur conuentio, quæ primùm fuit condicionalis, non etiam in odium cæterorum qui medio tempore, id eſt poſt initam conuentionem, & ante impletam conditionem cum eodem debitore contraxerunt *d. l. qui balneum. l.* j. *in princip. eod tit. l. pen. D. quæ res pignor. obligar. poſſ.* Sed neque hoc caſu diuerſum ius inducetur ex eo ſolùm quòd in conuentione conditionali adiecta proponatur clauſula illa *ex nunc, prout ex tunc & contrà*, vt ſecundi creditoris qui nondum impleta cõditione contraxit purè, cum eodem debitore durior cauſa conſtituatur. Eadem enim ratio ſember vrget, quòd in poteſtate debitoris eſſe non debeat vt creditori ſuo iam quæſitum ius aufferre poſſit. Quæ ratio cùm non modò ex mera ſubtilique ratione iuris, ſed ex ſumma æquitate proficiſcatur, abſurdum ſanè fuerit, ſi quis putet huius vel illius clauſulæ commento elidi eam, & obliterari poſſe. Planè cùm de illo duntaxat quæritur, An valeat conuentio quę ſub conditione facta eſt, ac proinde quod ad ſolius debitoris perſonam attinet, non quod ad cæteros, indiſtinctè verum eſt ſiue caſualis, ſiue poteſtatiua, ſiue mixta conditio fuit, inſpiciendum eſſe tempus conuentionis, vt ex eo die vires habeat conuentio *l. ſi filius familias* 76. D. *de verb. obligat. l. vlt.* D. *de ſtipulat. ſeruor.* Proinde clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, vel contrà* nihil, vt diximus, illo caſu operatur.

ERROR

ERROR QVINTVS.

Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commissoriæ in pignore, factum sit.

AD eá interpretũ & pragmaticorũ traditionẽ quæ habet, Pactũ, quod vocát legis cõmissorię in pignoribus nõ valere, solénis illa exceptio adhiberi solet, nisi in fauoré tertij, vtputa fideiussoris factum proponatur. Cuius exceptionis & probationẽ & exẽplũ desumũt *ex.l.vlti D. de contr. empt.* vbi proponebatur Titius cùm mutuos acciperet tot aureos sub vsuris, dedisse pignori siue hypothecæ prædia, & fideiussoré Luciũ: eidemque Lucio promisisse, intra triennium proximum se eum liberaturum. Quòd si id non fecisset die suprascripta, & soluisset debitum fideiussor creditori, iussisse vt prædia fideiussori empta essent quæ creditoribus obligauerat. Quærit enim Scæuola, Cùm non esset liberatus Lucius fideiussor à Titio, an si soluisset creditori, empta haberet prædia in conuentionem deducta. Respondet autem si non vt in causam obligationis, sed vt empta haberet, sub conditione factam emptionem esse, & contractam obligationem. Quibus tamen verbis si benè inspicias, tam apertè Scæuola conuincit errorem hunc interpretum & pragmaticorum, vt non potuerit apertiùs. Fatetur enim, si inter fideiussorem & debitorem id actum proponeretur, vt ob non solutam creditori pecuniam fideiussor pignora haberet in causam obligationis, id est pignoris, nullius momenti futuram esse conuentionem, neque ex ea vllam cõtractam iri obligationem. Hoc ipsum verò cur ita? Nisi quoniam eo casu interueniret pactio illa implicans contradictionem, quæ & pignoris, & emptionis simul obligationem induceret, quod interpretes & pragmatici nostri vocant pactum legis commissoriæ. Ineptè vt docui in superioribus, & absurdè, tum quia legem commissoriam iureconsulti dicunt, non autẽ pactũ legis commissoriæ, non magis quàm pactum pacti, tum etiá quia conuentio hęc fit in euentum ei ex diametro contrarium qui lege commissoria continetur, nimirum vt fundus sit emptus, qui ex natura & potestate legis commissorię inemptus fieri deberet. Illud ergo vult Scęuola inter debitorem & fideiussorem actũ esse, vt sub ea conditione si à debitore pecunia debita non solueretur, empta fideiussor haberet prædia creditori obligata, non etiam vt ea in causam obligationis & pignoris acciperet: ob eámque causam ponit quidem obligata fuisse prædia, sed creditori non fideiussori, contractá autẽ conditionalem venditionem cũ fideiussore, non etiá cum creditore. Porrò interpretes ipsi cùm improbant pactũ legis cõmissoriæ in pignore, ponunt initũ esse pactũ cũ eo ipso cui pignus datũ fuerit: Et consequenter cùm exceptionem hanc adstruunt, vt valeat huiusmodi pactũ in fauoré tertij, non de alio casu possunt intelligere, quàm quo tertius ille pignus quoque acceperit. Alioqui non esset exceptio ad regulá accommodata: neque dici posset cur in tertio potiùs quàm in ipso creditore sententiá hanc admitterent. Nam & si ponas conuenisse inter debitorem, & creditorem, vt si pecunia debita creditori suo die non soluetur, habeat creditor emptoris iure fundum Cornelianum, iam diximus *sup. cap.* 3. valere conuentionem, hactenus vt condi-

tionalis emptio contracta intelligatur, dummodò fundus ille Cornelianus non fuerit creditori obligatus. Quid ergo interesse hac parte potest inter fideiussorem, & creditorem? Nam & fideiussor ex fideiussore fit creditor, scilicet ex causa mandati cùm eam quantitatem soluere cogitur, quam pro alio promisit. Atque ita sanè videntur interpretes nostri sensisse, nullam scilicet inter creditorem & fideiussorem differentiam esse, cùm fideiussori obligata sunt ea ipsa prædia quæ & creditori, quia nec potest ille hoc casu dici tertius, sed tunc demum cùm idem fundus qui creditori obligatus tantùm fuit, fideiussori non obligatur, sed sub conditione venditur. Potest enim secundum hanc interpretationem exceptio accommodata esse ad regula, si regula concipiatur de lege commissoria, vt loquuntur, in pignoribus improbanda, exceptio aut in de lege commissoria illo etiã casu admittenda quo conuenerit de pignore, sed cum fideiussore, non cum creditore. Sed tamen pragmatici nostri longè aliter vulgò intelligũt, eo nimirum sensu vt quãuis de pignore conuenerit cum fideiussore, nihilominus valeat in eius fauorem pactio commissoria, quæ in fauorem pignoratitij creditoris nullomodo valeret. Hac vna mot. ratione quòd non sicut creditoris ita & fideiussoris causa odiosa videri possit, qui licèt pro debitore soluens fiat ipsius creditor, tamen necessarius est non voluntarius, ob idque dignior cui faueatur, & de quo nihil malè præsumatur. Quasi verò non aliam rationem quàm odiũ creditoris habeat regula quæ legem cõmissoriã in pignoribus improbauit. Imò verò vt docuimus, si legem cõmissoriã propriè accipias, id est, vt explicauimus in præcedentibus, pro ea conuentione, quæ fiduciæ contractum perficiebat, tota est fauorabilis debitori, damnosa creditori. Perinde namque cõtra creditorem exercetur à debitore, atque in emptionibus exercetur cõtra emptorem duntaxat à venditore, quia nec adicitur nisi pro venditore, qui ob hanc causam neque inuitus eã cogitur exercere *l. 3. D. de leg. commiss.* Sed tamen quia fiduciæ nec cõmodũ nec vsus vllus erat nisi facta priùs pignoris mancipatione per quã dominium pignoris purè statimq; transferebatur in creditorem, sæpiùs autem accidebat vt intra constitutã diem non valente debitore pecuniã explicare fuæ cõuentionis fructu priuaretur, nec quicquã ei prodesset, quòd fiduciã contraxisset, non sine magno debitorũ incõmodo qui maioris valoris pignora sub prætextu contrahendæ fiduciæ nõ illibẽter mancipabant, visum est tandem abrogandum hoc contractus genus tam quã odiosum, nimisque asperũ debitoribus non propter fiduciã contractã legemque cõmissoriã adhibitã, sed propter mancipationẽ quæ fiduciæ contrahendæ legisque commissoriæ adhibendæ necessitatem inducebat. Itaque tolle vsum & potestatem mancipationis. Nullum odium superest, aut potiùs nulla odij causa aduersus creditorem; sicut nec vlla necessitas cõtrahẽdæ fiduciæ, aut vsus vllus legis commissoriæ in pignore quæ scilicet eò tantùm pertinebat vt res debitoris quę creditori acquisita esset in debitoris dominiũ recurreret eo demum casu quo intra dictã diẽ pecunia soluta esset. Proinde cùm ex causa pignoris dominium in creditorem non transferatur, apparet fieri nullomodo posse vt lex commissoria in pignore adhibeatur, aut vt odio vllo dignus videri debeat creditor, qui pignus accipiendo nihil aliud agit nisi vt sibi consulat, iustique debiti nomine caueat. Quòd si ex contrario non prudentum sed interpretum more legem commissoriam sic intelligas, vt fundus obligatus qui ex empto fieri deberet inemptus, soluta suo die pecunia, fiat

fiat ex inempto emptus ob non ſolutam ſua die pecuniam, non magis odio creditoris improbari pactio poteſt quàm ſi nullo præcedente pignore adhibita eſſet. Nec enim eo minùs verè eſſet creditor quod non eſſet pignoratitius, nec conſequenter minore odio dignus, ſi nudum creditoris nomen ſufficeret ad odium conciliandum. Et tamen dubitari nõ poteſt quin eo caſu valeat conuentio, tanquam conditionali duntaxat venditione contracta: non ſecus acſi cum fideiuſſore iuſta eſſet, cum quo priùs de pignore nullomodo cõuenisſet, tametſi de re quæ iã creditori obligata fuiſſet, neque enim fideiuſſori datũ intelligitur pignus, quod datum eſt creditori, licèt perinde fiat ille ex fideiuſſore creditor, ex quo die pecuniam debitam ſoluit creditori pro debitore, acſi eã primùm ipſe credidiſſet. Illud ergo ſupereſt vt conuentio illa per quã fundus pignoratus fiat emptus creditori propter non ſolutam ſua die pecuniã, non alia ratione improbetur, fueritque iã olim ſemper improbatũ, quàm quòd & pignoris obligationem inducat, & conditionalem ſimul pignoris venditionem eodem inſtanti perfectam, quæ tamen ſimul fieri perficique non potuit. Quæ ratio non minùs vtique locum habet in perſona fideiuſſoris qui eandem rẽ pignori acceperit, quàm in perſona creditoris. Non enim fideiuſſoris fauor perſonáque facere poteſt, vt eo magis pignus & venditio ſe inuicem compatiantur. Proinde non fideiuſſor à creditore hac parte ſeparandus eſt, ſed is tantùm qui ante initam conuentionem de fundo emptionis iure retinendo pignus accepit ab eo qui non accepit, ſiue creditor ille ſit, ſiue fideiuſſor.

ERROR SEXTVS.

De lege commiſſoria in venditionibus.

VT legẽ cõmiſſoriã in pignoribus odioſam eſſe interpretes, & pragmatici noſtri crediderint, illud maximè effecit, quòd in emptionibus quoq; iã olim odioſam eã fuiſſe vident. Sic enim Paulus refert in *l. Aemilius Larianus* 38. *D. de minor.* legẽ cõmiſſoriã Imperatori diſplicuiſſe. Nã quis neget multò fauorabiliorem eſſe venditorem, pro quo vno, vt iam diximus, ea lex adhibetur, quàm creditorem? Creditores ſiquidem vt plurimùm ob id maximè in creditum iri ſolent, vt vel vſuras vel quid aliud in vicem vſuratum conſequantur, tùm præſertim cùm pignus accipiunt, quo caſu placet etiãſi gratuita pecunia fuerit, tacitam nihilominus antichreſim cõtractam videri vt fructus pignoris lucro cedant creditoris, *l. cùm debitor* 8. *D. in q ib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* quã nos fuſiùs explicauimus *Decade* 9. *Err.* 5. At venditores ferè omnes egeſtas compellit, aut inuitat ſanè ad vẽdendum: ideóque digniores procul dubio videri debent quibus ſuccurratur, ac multò magis quibus concedatur vt iuſta, nec illicita cõuentione ſibi proſpiciant. Ergo ſi in venditionibus quoq; lex cõmiſſoria odioſa eſſe creditur, quantò minùs fauorabilis videri debet in pignoribus? Atq; ita interpretes & pragmatici noſtri, vt diximus, paſſim ratiocinãtur, ſed omnino vt apparebit imperitè, propterea q; nõ magis intellexerunt cur odioſa eſſet lex cõmiſſoria in vẽditionib. quàm quid illa eſſet in pignorib. Fuit certè odioſa in vẽditionib. *d. l. Aemilius*. Indeq; nimirũ fiebat vt poſt diẽ cõmiſſoriæ legi præſtitutũ ſi vẽditor vel minimã pretij partẽ accipetet, adeóq; dũtaxat peteret, legi cõmiſſoriæ renũtiaſſe videretur, nec poſtmodũ variare, & ad eã redire poſſet

l. de lege 6. §. vlt. & l seq. D. de leg. commiss. At non odio venditoris, vt isti putant, sed odio conuentionis cuius potestas ea esset, vt bona fide contractam perfectámque venditionem ipso iure dissolueret, faceretque inemptum fundum qui re vera emptus fuisset. Nam sicuti nihil fauorabilius est venditione si modò bona fide inita sit, quoniam eo potissimùm contractus genere societatis humanæ commercia constare necesse est, ita consequens est odiosam videri debere pactionem per quam venditio iusta perfectaque in irritú deducatur. Eadem porrò ratio, inquies, facere etiá debuisset, vt perinde odiosa videri deberet lex commissoria in pignoribus: cuius scilicet potestate similiter eueniebat vt iusta licitáque mancipatio dissolueretur. Etsi enim minùs frequens aut necessarius, & consequenter minùs fauorabilis videbatur actus mancipationis, quàm venditionis, non poterat tamen non esse fauorabilis qui iustus erat, id est iure Quiritium institutus, & ad dominium transferendum æquè ac traditio ex emptionis causa comparatus, vt Vlpianus in Titulis refert *tit. 19. de acquis. rer.* Verùm respondeo duabus potissimùm de causis legem commissoriam in pignoribus fauorabilem potiùs, quàm odiosam videri debuisse: quarum vna illa fuit, quod cùm ea lex adhibebatur, id est cùm fiducia contrahebatur, mancipatio quidem quam priùs interuenisse necesse erat, dissoluebatur, at non sola legis commissoriæ potestate vt in venditionibus, sed per remancipationem, id est contrariam mancipationem, quá à creditore debitori fieri oportebat vt dominium à debitore translatum in creditorem, à creditore vicissim eodem translationis modo ad debitorem recurreret. Itaque cùm non tam lex commissoria quàm secuta remancipatio mancipationem dissolueret, non poterat ex ea causa dici odiosa lex commissoria in pignoribus, quâuis eius potestate fieret vt creditor dominus pignoris per mancipationem effectus, remancipare cogeretur. Sicut & in venditione vsuenit, vt si qua contracta sit sub pacto de retrouendendo, ea finiatur per secutam retrouenditionem, nec eo tamen magis odiosum illud pactum existimetur: quia scilicet non sola pacti potestate venditio prior dissoluitur, sed potestate retrouenditionis, quam, licèt ex pacti viribus, necessariò subsequi oportet, adeóque retrotraditionem vt dominium per traditionem translatum contraria traditione restituatur, *l. ab emptione §. 8. D. de pact.* Alia etiam ratio fuit quæ legem commissoriam in pignoribus fauorabiliorem efficere deberet. Ea ipsa nimirum propter quam interpretes & pragmatici putant odiosam videri debuisse: Odium creditoris, contra quem vnum lex illa adhiberi poterat & exerceri. Tota enim respiciebat fauorem debitoris, qui si hac lege omissa, id est nulla contracta fiducia pignus mancipasset, nulla posteà ratione id redhibere potuisset, nec si millies pecuniam debitam soluere paratus fuisset. Itaque quâuis per remancipationem illam dissolueretur mancipatio quæ priùs facta fuerat, nihil tamen causæ erat, cur odio dignus videri deberet debitor qui id agebat vt rem quondam suam recuperaret, præsertim à creditore qui ab initio non tam id egerat, vt alienę rei dominium sibi pleno iure compararet, quàm vt pecuniæ suæ nomine sibi caueret. Falsum igitur est, nec lege vlla probari potest, odiosam vnquam fuisse legem commissoriam in pignoribus, tametsi odiosa fuerit in venditionibus. Nec illud ergo admitti debet quod vulgò creditur, abrogatam & improbatam eam esse odio creditorum. Non inficior pactionem illam quam nostri ridiculè pro lege commissoria accipiunt, respicere fauorem creditoris, cùm

Digitized by Google

tis,cùm eò ſpectet vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit,fundus ſit emptus creditori, cui fuit & pignoratus. Sed quemadmodum nego eam eſſe legem cõmiſſoriam, quæ vnquã in pignoribus recepta probatáque fuerit,ita nego eã eſſe quæ Conſtantini lege abrogata ſit. Nego etiá conſequenter eam eſſe quæ prohibita eſt & improbata. Siquidem non alia eſt lex commiſſoria prohibita & improbata,quàm quæ abrogata,ne alia rurſus abrogata,quàm quæ aliquando in vſu fuit. Fateor tamen eſſe hanc quoq; conuentionẽ,& ſemper fuiſſe improbatã. Extra eum caſum quo pretij taxatio in aliud tempus collata eſſet,at non odio creditoris, vt vulgò autumant, vel odio conuentionis,quemadmodũ euenire diximus in lege commiſſoria quæ ad venditiones pertineat, ſed tantùm propter implicitã contradictionem, quòd fieri nequeat vt eadem conuentio & pignoris obligationẽ conſtituat, & venditionem ſimul ſiue purã ſiue conditionalẽ, quemadmodũ in ſuperioribus ſæpius à nobis dictum eſt. Vnde & illud fieri monuimus, vt etiamſi cũ fideiuſſore cuius cauſa fauorabilior quàm creditoris eſſe exiſtimatur, eiuſmodi cõuentio inita ſit,non eo magis tamẽ valeat, ſi cum eodem fideiuſſore conuenerit de pignore.Et ex contrario defendatur iure conditionalis venditionis ſi cũ ipſo quoq; creditore facta ſit, dũ ne vlla pignoris obligatio præceſſerit,*l. vlt. D. de contr. empt.* Quamquam non ignoro pragmaticos pleroſq; in contrariã eſſe ſententia,ſecutos Guid. Pap. *quæſt.* 6. vbi negat conuentionẽ hanc valere ſi cum ipſo creditore facta proponatur, quaſi vſurariam aut certè ſuſpectam : Cuius tamen probandi cauſa neque legem habet quam proferat,neque rationem.

ERROR SEPTIMVS.

Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem.

INTER cæteros caſus,quibus interpretes volunt,itémque pragmatici,valere conuentionem illam quam ipſi vocant pactũ legis commiſſoriæ in pignoribus,hic vnus eſt, ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur,illa potiſſimùm,vt puto,ratione quod tranſactionum omniũ,dummodò bona fidẽ initæ fuerint,maximus fauor ſit, vel ob hoc ipſum vt à lite diſcedatur, à qua non eſſet alioquin diſceſſurus creditor qui non aliter quàm adiecta in pignore commiſſoria lege ſibi ſatis cautum eſſe putat. Quaſi cùm hîc duplex odium verſetur,vnum litis, alterum creditoris, potentiùs eſſe debeat odium litis ad validandam tranſactionem,quàm creditoris ad conuentionem infirmandã. Ego verò rationem hanc non inuitus probarem, ſi admittere poſſem, quod illi pro vero habent, pactionem iſtam quam illi legis commiſſoriæ nõ minè donarunt,nõ alia de cauſa quàm creditoris odio improbatam eſſe. Sed cùm eius improbandæ ratio tota illa ſit, quòd implicet contradictionem vt eadẽ conuentione, & contractum pignus, & eiuſdẽ pignoris venditio, ſiue pura, ſiue conditionalis exinde facta eſſe intelligatur, quemadmodum docuimus in ſuperioribus. Planè non video quid attineat de fauore tranſactionis aut de odio litis diſputare, vt defendatur ea pactio quæ ipſam deſtruit, nec minùs à ſeipſa quàm à iuris ratione infirmatur. Fac enim quãtùm voles,vt cre-

ditor quid de pignore conuenit siue in ipsa transactione, siue iam ante transactionem, postea transigendo paciscatur de pignore illo emptionis iure retinendo, si sua die non erit soluta pecunia quæ sub pignore debetur, non poteris assequi vt eo minùs creditor & pignus, & conditionalem venditionem contrahere voluerit. Si pignus, ergo non acquirere sibi dominium quod scilicèt nunquam ex causa pignoris transfertur, *l. cùm & sortis* 34. §. *vlt. D. de pignor. act.* licèt contracta pignoris obligatio ius præbere possit domini quandoque impetrandi *tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Si conditionalem venditionem, Ergo sibi acquirere dominium quod venditionis tempore sit penes véditorem, *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt.* Vtrumque igitur voluit creditor pignoratitius qui pactionem hanc adhibuit, & acquirere sibi dominium, & non acquirere: quæ tamen inuicem contradictoria sunt, nec se vllomodo compatiuntur, nec magis si in transactione, quàm si extra transactionem ea pactio adhibeatur: sunt quædam pactiones quæ impossibiles dicuntur, vt in *l. non impossibile* 50. *l. ab emptione* 58. *D. de pact. l. ex empto* 11. §. *vlt. l. bona fides* 50. *D. de action. empt.* quia natura negotij in quo adhibentur eas pati & admittere nullomodo potest. Nec est quod dicas, posse diuersis respectibus contrahi eiusdem rei & pignus & venditionem, pignus nimirum purè, venditionem verò sub conditione si pignoratitia pecunia suo die soluta non erit. Iam enim monuimus in superioribus, venditionem quantumuis conditionalem ex eo tempore factam intelligi quo de pretio conuenit, licèt effectus venditionis conditione aliqua nondum impleta suspendatur. Proinde cùm pignoris venditio facta est, quamuis sub ea conditione, si ad diem pecunia soluta non erit, fatendum est impleta quandocunque conditione iam inde ab eo tempore quo inita conuentio fuit, dominium emptori, eidémque creditori ex ea causa acquisitum intelligi. *l. 4. D. ad leg. Falcid.* Nec eo minùs tamen contractum fuisse pignus, quod vtique contractum esset & debitor & creditor voluerunt, in id præsertim vsque tempus quo pecunia soluta esse debuisset, nec fuisset. Itaque consequens fiet vt pignoris dominium & acquisitum sit creditori, & non sit acquisitum, hoc quidem quoniam pignus fuit, illud verò, quia fuit etiam venditio. Sempérque absurdum hoc aderit, nisi ponas sic conceptam pactionem vt pretij conuentio sine qua nec pura nec conditionalis venditio vlla esse potest, collata sit in certum tempus vt in specie illa. *l. si fundus* 16. §. *vlt. D. de pignor.* quod cùm fit, pignus quidem contractum dicimus & venditionem, at non vtrumque simul & eodem tempore, sed pignus ab initio, & in eum vsque diem quo pretium conuentum, taxatúmque sit, venditionem verò ex eo tempore duntaxat. Facere enim nunquam possis, vt conditionalis venditio retrotrahatur ad id tempus quo pacto interposita est, si nihil tum de pretio adhuc conuenerit, quia nec potest incipere nisi à pretij conuentione. Qua de causa possit quis non malè dicere, sic inita conuentione, vt liceat creditori si ad diem pecunia non soluetur, retinere rem obligatam emptoris iure certo iustóque pretio tunc æstimandam ex tempore magis quàm sub conditione contractam videri venditionem. Conditio námque illa *si ad diem pecunia soluta non erit*, non potest facere conditionalem venditionem, cùm impleri eam necesse sit, diémque venisse intra quam solui debuit, nec solutum fuit, priusquàm de venditione tractari possit, id est de certo pretio constituto, at ne quidem de constituendo. Certum autem est desinere conditionem esse, ex quo impleta est. Ideóque fortassis

ortassis Marcianus in *d.§.vlt.l.ſi fundus*,dictionem *quodammodo* quæ impropriet atis nota dicitur,adiecit,in illis verbis,*hoc enim caſu videtur quodammodo cõditionalis eſſe venditio*. Nihil quis dicas quod ego certè probabilius arbitror,licèt dicere nondum ſim auſus,verticulum illum aut interpretis parum acuti eſſe aut Triboniani,quem fefellerit elegans illud reſponſum Scęuolæ quod extat in *l.vlt.de contr.empt*.vbi tractatur de ſpecie non valdè diſſimili ab ea de qua in *d.§.vlt*.ſed diſſimili tamen in eo quod nihil apud Scęuolam de contracto pignore proponebatur,nec rurſus de collata pretij taxatione,& conſequenter venditione ipſa in aliud tempus. Nec pro tuenda Triboniani aut interpretis illius imperitia poſſis dicere,ſublata quoque cõditione illa,*ſi ad diem pecunia ſoluta non erit*,tacitam nihilominus conditionem adhuc meſſe intelligi,propterea quòd in arbitrium boni viri collata pretij conuentio videatur,ac proinde conditionem illam habere.*ſi vir bonus arbitrabitur*,vt dici ſolet,cùm ſic facta venditio eſt,*quanti Titius æſtimauerit.l.hæc venditio.7.D.de contr.empt.l.vlt.C.eod*.Illam enim venditionem,*quanti Titius aut alius vir bonus quilibet arbitrabitur*.ideò conditionalem appellamus,quòd nihil prohibeat quin ſtatim arbitrium ferri poſſit,& vēditionis conditio impleatur.At conuentione pignoris ſic facta,vt ſi pecunia ad diem ſoluta non erit,creditor eam rem ſibi habeat emptoris iure certo pretio tunc æſtimandam,articulus *tunc* impedit omnino ne ante id tempus de pretio tractari oporteat,& conſequenter ne vllum venditioni datum fuiſſe initium videri poſſit,quandiu conditio impleta non eſt,quam impleri contrahentes voluerunt,priuſquàm de emptione aut venditione etiam condicionali contrahenda cogitarent.Proinde nulla eo caſu emptio contracta dici poteſt,ne conditionalis quidem. Et ſanè ridicula eſt ea loquendi formula,qua Marcianus vſus creditur in *d.§.vlt.Poteſt*,inquit,*ita fieri pignoris datio hypothecæue,vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia,iure emptoris poſſideat rem iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio*. Annon enim perinde hoc eſt acſi quis diceret,Poſſe ita fieri pignoris dationem vt ſimul & ſemel conditionalis quoque venditio contracta eſſe intelligatur? Atqui hoc ipſum eſt quod nos iam ſæpiùs diximus implicare contradictionem, Triboniani verò adiectionem illam eſſe potiùs quam interpretis facilè ſibi perſuadebit quiſquis ſatebitur in eadem lege multa alia eſſe ab eodem Triboniano contra iuris rationem immutata. Præſertim in *§.in vindicatione* de quo ſcripſimus *lib.16.Coniectur*.& in *§ ſi pluris*,de quo etiam ſcripſimus eod.libr.quibus etiam addendum eſt,ni fallor,quod in eadem lege ſcriptum legimus in *§. ſi duo*,de duobus pariter de hypotheca paciſcentib.Tota enim diſtinctio illa eſt inepta, vt in ſequentibus dicemus, ſi priùs ea abſoluerimus quæ ad inſtitutum *De lege commiſſoria* tractatum pertinent.Maneat igitur ſatis ſupérque probatum ex ſuperioribus,non valere pactionem de pignore ob non ſolutam ſua die pecuniam emptionis iure retinendo,etiamſi in tranſactione facta ſit,eadem ſcilicet ratione hoc caſu,qua cæteris omnibus, obſtante.

ERROR OCTAVVS.

De iurato pacto legis commissoriæ in pignoribus.

MAGNAM ad conuentiones hominum firmandas, præcipuámque iurisiurandi vim esse tam ciuili quàm pontificio iure, inter omnes constat, sed nō tamen tantam iure ciuili, vt si quid contra leges factum sit, iurisiurādi religione cōfirmari id possit. Extat enim aperta in eam rem cōstitutio Impp. Theodosij & Valentiniani in *l. non dubium. 5. C. de legib.* Id namque potissimùm agit ciuilis legislator, vt sua semper legibus potestas & autoritas constet: nec nisi publicā vtilitatem intuetur, quæ ex publica legum obseruatione tota æstimāda est, nō ex huius aut illius hominis religione. Quare nec si filiusfamilias contra Senatusconsultū Macedoniānū pecuniæ mutuæ nomine se obligauerit, nec si mulier contra Velleiani prohibitionē intercesserit, aut aduersus legē Iuliā & Iustinianeum fundum dotalem alienauerit, aut alienationi per maritū factę consenserit, adhibita iurisiurādi religio facere poterit vt obligatio vlla contracta videatur, quoniā huiusmodi pactiones omnes legib. aduersantur, & cōsequenter à legibus impr obātur quę seipsas vtiq; destruerent, si tantā iuramento potestatē darēt: Quandoquidē non aliunde quàm ex legibus proficisci potest, vt plus vitiū habeat pactio quæ iurata est quā quæ non iurata. Excipiendi tamen sunt certi casus in quibus visum est ex iusta causa plus iuramento tribuendū esse, quàm contractui aut antiquo iuri, vt in *Auth. sacramenta puberum. C. si aduers. vendit.* At iure pontificio sanè aliud est: Nam quemadmodū sacrosanctis Pontificibus vnū illud propositum fuit vt animarū saluti prospicerent, nihil publicè aut priuatim vtile existimātes, quod non ad eā rem maximè pertineret, ita constituendam putarūt, vt quoties iuratum est, deque eo disputatur an iusiurandū seruari debeat, nécne, hoc vnum inspici & inuestigari oporteat, an sine dispēdio & detrimento salutis æternæ seruari possit, aut nō; vt si possit, omnimodo seruandū sit, etiāsi de ea re interpositū fuerit, quæ legibus non probetur. Itaq; conuentiones illas omnes quas cōtra senatusconsulti Macedoniani aut Velleiani, aut legis Iulię prohibitionem factas, & alias huiusmodi sexcentas à iure ciuili improbatas ius Pontificium passim tuetur, ratione illa generali quòd huiusmodi iuramenta non vi, non dolo, sed sponte præstita, nec in alterius præiudicium redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutis æternæ, vt ab Innocentio proditum est in *cap. cùm contingat 28. in fin. Extr. De iureiur.* Quod quanquā ita est, rectè tamen interpretes obseruant non eandem semper, & in omnibus iurisiurandi vim esse. Aliquando enim accidit vt conuentio alioquin nulla & illegitima iureiurando confirmetur, vt in fundi dotalis obligatione aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d. cap. cùm contingat*, itémque in pacto de non succedendo, De quo in *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* Aliquando autem in id tantum prodest iusiurandum vt periurij exceptionem inducat, non etiam vt contractum odiosum legibúsque improbatū confirmet, quod plerisq; casibus euenire omnes fatētur. Huius porrò distinctionis præcipui effectus duo sunt. Prior ille ꝙ cùm iusiurandū super illegitimo cōtractu adhibitū valet quidem, sed ita vt non tam contractum firmet, quàm

inducat

inducat periurij exceptionem si contrà factum sit, nulla ad contractum rescindendum opus est in integrum restitutione, nempe quia quod nullum prorsus est rescindi nullomodo potest, *l.5. §.1. D. de iniust. rupt. l.2. C. de præd. minor.* Sed sufficit impetrari absolutionem à vinculo iurisiurandi, quæ & concedi solet ab episcopo aut eius vicario facillimè, nec citata parte, nec adhibita vlla causæ cognitione, saltem ad fines agendi, vt pragmatici pontificij loquuntur, quod non similiter obseruaretur, si religio iurisiurandi contractum alioquin illegitimũ confirmaret. Neque enim tunc absolutionem impetratã esse sufficeret, sed necessarium esset auxilium in integrum restitutionis, ad contractum rescindendum, quæ ipsa tamen nunquam nisi causa cognita vocatisque omnibus quorum interest, concedi potest. Alius supradictæ distinctionis effectus ille est, quòd si iureiurando confirmatus sit contractus qui alioquin non valeret, non tantùm is qui iurauit tenetur ex eo cõtractu, sed ipsius quoque heredes & successores: quos tamen non teneri constaret, si iusiurandum non nisi ad periurij exceptionem inducendam prodesset, quia iurisiurandi vinculum merè personale est ex parte iurantis, nec nisi iurantem obligat, vt si contrà faciat periurus esse videatur: at vinculum contractus est reale, perindèque obligat omnes qui in contrahentis iura succedunt, semélque firmatus iureiurando contractus, & vtilis constitutus, non ob id solùm irritus fieri postea potest, quòd decesserit is qui iurauit. Sed totus ille De iureiurando tractatus ampliorem locum integrasque Decades desiderat. Adò multa sunt in quibus peccant interpretes & pragmatici nostri cùm de iuramenti priuilegiis disputant. Itaque de eo alias. Iam ad rem. Si pactum conuenerit vt rẽ pignoratam possit creditor emptoris iure pro debito retinere, in eum casum quo sua die non erit soluta pecunia, deque ea re iusiurandum adhibuerit debitor, consentiens ferè omnium interpretum & pragmaticorum vox est, valere quidem iusiurandum & omnimodo seruandum esse ad periurij crimen euitandum, nisi impetrata sit absolutio, sed tamen non eo magis pactum valere, quippe quod odio, inquiunt, creditoris & vsurarum sit prohibitum, nec proinde iureiurando debitoris cõfirmari possit. Ita Bart. ad *l. quamuis. 45. D. de solut. & ad l. si quis pro eo 56. D. de fideiuss.* Guid. Pap. *quæst. 6.* Ego verò ferre illud non possum vt iurisiurandi aliqua sit hoc casu autoritas ne quidem ad inducendam periurij exceptionẽ. An quia seruari non possit citra dispendium salutis æternæ? Minimè verò. Sed quia nec si velis cum dispendio salutis æternæ seruari possit: Vtpote interpositum super ea conuentione, quæ vt in præcedentibus diximus, implicat contradictionem: cùm improbandæ huius pactionis ratio alia non sit, quàm quod fieri nequeat vt eiusdem rei pignus & venditio simul contrahatur, aut contracta vnquam intelligatur. Nemo autem dixerit iureiurando posse fieri possibile quod per rerum naturam est impossibile, in quo numero sunt omnia quæ implicant contradictionem: Et vt non insulsè quidam scripsit, Iusiurandum quamuis multa possit, non est tamen omnipotens vt omnia possit quasi alter Deus. Quanquam & ab ipsius Dei Opt. Max. omnipotentia Theologi alienum esse fatentur, vt ea facere possit quæ sine implicita contradictione fieri nullomodo possunt. Quod si communi hominum omnium sensu nulla impossibilium obligatio est, non potest sanè accedens iurisiurandi autoritas facere vt ex contradictoria pactione obligatio aliqua nata videri possit. Neq; obstat Innocentij Pontificis rescriptum, quo potissi-

mùm interpretes mouentur,in *cap.ſignificante.Extr.de pignor.*Etſi enim tractatur eo loco de pacto legis cõmiſſorię in pignore,& de adhibito in eà ré iureiurando,cui ſatisfacere debitor voluerat,nihil tamen eſt ex quo poſſit colligi eam ſummi Pontificis mentem eſſe vt plus poſſit illo caſu iuſiurandum quàm pactum. Vtriuſque enim cauſam eandem conſtitui vt ſimul vtrumque reiiciatur,illis poſtremis verbis,*pacto tali vel iuramento nequaquam obſtante.* Nam ſi quis cum interpretibus dicat iuriſiurandi rationem in ea ſpecie nullam idcirco haberi, quòd per debitorem non ſtetiſſet quominus intra dictam diem pecuniam ſoluiſſet, quam perfido nuncio dederat perferendam,quaſi iuramento habendo ex ea cauſa pro impleto,vt verba illa innuere videntur,*& prædictus R.quantum in eo fuit,iuramenti debitum adimplenit.*Reſpondebo non ea ratione niti pontificium reſcriptum,ſed illa etiam quæ & priore loco ponitur,quòd pactum legis commiſſoriæ,vt loquitur Innocentius,fit in pignoribus improbatum. Alioqui ſi pactum valuiſſet,etiamſi iuriſiurandi religio non acceſſiſſet,debitori ius nullum ſupereſſet redimendi poſt dictam diem pignoris quod ante diem redimi debuiſſet:Nec ei profeſſe deberet quòd certo,& vt videbatur fideli nuncio pecuniam ſat citò numeraſſet vt ad creditorem perferretur.Eſſet enim quod ſibi potiùs deberet imputare cur certiorem,& fideliorem nuncium non elegiſſet,potiùs quàm vt ex eius nuncij perfidia ius ignorantis creditoris imminutum dici poſſet.Ergo nec adhibitum hoc caſu iuſiurandum proderit ad inducendam periurij exceptionem:Alioqui dicendum eſſet iuriſiurandi vinculum eo ſaltem caſu debere obſtrictũ teneri iurantem,quo obſtrictus ille eſſet ex pacto,ſi pactum valeret,nec poteſt videri iuriſiurãdi debitũ adimpleuiſſe,qui contractum ipſum ſuper quo iuratum eſt,ſi valeret,impleuiſſe non crederetur. Quanquam,vt liberè dicam quod ſentio,parum me hac in re pontificij reſcripti autoritas mouet.Video enim pontificiorũ reſcriptorum & conditores & interpretes hac parte,vt aliàs plerumque interpretum iuris ciuilis errorem ſecutos,neque quid in pignoribus lex commiſſoria eſſet intellexiſſe,neque rurſum qua ratione improbata ſit ea pactio, de qua diſputamus quam illi pactum legis commiſſoriæ appellant,& quæ tamen nihil minùs quàm lex commiſſoria eſt,ſecundùm ea quę veriſſima iuris ratione à nobis diſputata ſunt in ſuperioribus.Nam ſi pactionem iſtam qua de agimus,nihil aliud odioſam faceret præterquàm odium creditoris, vt Innocentius poſt interpretes ſenſiſſe videtur,fatereꝛ ſanè non illibenter, eam iuriſiurandi futuram autoritatem vt pactũ hoc ſeruari deberet periurij metu Quandoquidem & vſuras ipſas quibus nihil odioſius eſt, ſi tamen cũ iureiurando promiſſæ ſint omnimodo ſoluendas eſſe placuit, licèt poſtmodum reſtituendas,ne iuriſiurandi religio contempta eſſe videatur, *cap.debitores 6.Extr.De iureiur.*Itaque non eſt improbabile Innocentiũ Pontificem qui vulgarem interpretum errorem ſecutus pactionem iſtam nullo vnquam iure aut tempore probatam pro lege cõmiſſoria accepit,eámq; non niſi creditoris odio improbatam eſſe exiſtimauit,in ea etiam fuiſſe ſententia,vt putauerit,accedente iuriſiurãdi religione ſeruari eã debere:quod proculdubio non putaſſet,ſi ratione illa conuentionem hanc improbatam eſſe ſciuiſſet, quòd ſit de re impoſſibili & implicante contradictionem. Eúmque Innocentij errorem illud apertiùs detegit,quod cum interpretibus legem commiſſoriam appellat pactum legis commiſſoriæ;æquè eleganter, acſi diceret

pactum

actum pacti commissorij, tùm in hoc tractatu, nihil aliud lex significet quàm pactum: vt docuimus cap. huius Decadis primo. Nos verò cùm aduersus interpretes & pragmaticos disputamus, non id agimus vt autoritate, sed vt ratione vincamus.

ERROR NONVS.

De duobus pariter eam rem pignori accipientibus.

PROPONITVR hæc quæstio de duobus pariter eandé rem pignori accipientibus in *l. si fundus* 16. §. *si duo. D. de pign.* Si duo, inquit Marcianus, pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro quãtitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. Et magis est vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed vterque si cum possessore agat, quemadmodum; Vtrum de parte quisque, an de toto, quasi vtrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum si vtrique eodem die pignus datũ erit separatim: sed si simul illi & illi, si hoc actum est, vterque rectè in solidum aget, si minùs, vnusquisque pro parte. Atque ita interpretes & pragmatici omnes sentiunt. Quid enim aliud possint dicere quàm ad quæstionẽ à Marciano propositam iisdé ipsis Marciani verbis respondere? Et sanè fatendum est vel non errare illos, vel si errant, dignos esse quorũ misereamur potiùs quàm quibus succẽseamus. Ego siquid mei iudicij est, errare eos contendo, at ita tamen vt non ipsis succenseam, sed Triboniano qui more suo sub Iureconsulti nomine & ineptã quæstionem proponit, & ineptiore distinctione certissimã iuris rationem planè conturbat. Quæstio ipsa sic cõcepta est, Si duo pariter de hypotheca paciscãtur, in quantum quisque obligatam hypothecá habeat, vtrũ pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis? In quo primùm illud obseruandũ est dictionem *pariter* qua Tribonianus vtitur, ambiguã esse, vt & subiecta distinctio demonstrat. Potest enim sic intelligi vt duo simul & coniunctim, id est, vna eadémq; conuentione pignus acceperint, & vt Bart. post Accursium loquitur eodem momento. Potest sic etiá, vt acceperint similiter, sed separatim, id est simili, sed non eadé cõuentione, siue eodem, siue alio die. Vtrouis sensu inepta quæstio est, &, vt dici solet, de indubitali. Nã si pluribus eadem res simul pignori data sit, constat æqualem omnium causam esse vt Paulus disertè scribit, in *l. aliena res* 20. §. 1. D. *de pign. act.* id est vt ego interpretor, vnicuique pro virili parte tum obligatam intelligi, licèt vni plus, alteri minùs debeatur, & siue pluris, siue maioris sit cuiusque pars illa virilis, quàm singulis debeatur. Non enim quantitas debiti ea est, quæ facit vt ex conuentione pignoris ius aliquod creditoribus acquiratur, sed ipsa conuentio, quam porrò singulis æquè prodesse necesse est, qui simul paciscuntur. Ergo in viriles non in solidum. Nam & eo casu quo in solidum singulis acquiri posset ius obligationis, in dubio tamen diuideretur obligatio in viriles, vt cùm agitur de obligatione aduersus plures acquirenda per vnicam stipulationem, ex qua plures debendi correos fieri nihil prohiberet si id ageretur, *l. reos* 11. §. *cum tabulis.* D. *de duobus reis.* Quantò igitur magis dicendum erit viriles fieri in ea conuentione

interpretanda, ex qua singulis in solidum acquiri non possit. Atqui non potest eadem res plurib⁹ simul in solidum esse obligata, non magis quàm dominij iure ad plures pertinere, vt mox probabimus. Consequens igitur est, vt pluribus simul de eodem pignore pacisc entibus, æqualis sit omnium causa, & viriles partes fiant, nec debiti quantitas in diuidendo conuentionis emolumento attendatur. Quòd si plures pariter quidem, id est, similiter, sed separatim eandem rem pignori acceperint, nihil sanè apertius est, quàm ei soli obligatam esse rem in solidum, qui prior contraxit, siue eodem, siue alio die posterior contraxerit: quia fieri nullomodo potest vt concurrat in expresso præsentique pignore is qui contrahit posterior. Addo *in expresso præsentique pignore* vt eum casum excipiam quo tractetur de futurorum bonorum siue expressa, siue tacita obligatione, quæ quoniam habet tacitam conditionem, si quando bona illa debitori acquirentur, facilè admittit, vt possit interdum vincere tanquam anterior is, qui & tacitam duntaxat hypothecam habuit & posterior contraxit, vt in eleganti illa specie apud Papinianum in *l. si is qui mihi* 28. *D. de iur. fisc* de qua scripsimus *lib.* 2. *Coniect.* Et quidem quod ad eum qui & solus & prior pignus accepit, aut ad hypothecam constituendam de pignore tantùm conuenit, quin rem in solidum obligatam habeat, dubitare nemo potest. Hoc autem admisso, quod apud omnes in confesso est, dico fieri non posse, vt eadem res vni iam in solidum obligata rursum alteri aut in solidum aut pro parte obligetur. In eóque non solùm à Tribonian o dissentio, sed etiam à Bartolo cæterisque omnibus fortasse interpretibus, quibus nihil certius videtur, quàm vt distingui oporteat causam dominij à causa pignoris, in eo videlicet, quod quamuis eadem res in plurium dominio eodem tempore in solidum esse nequeat, pluribus tamen obligata in solidum esse possit. Quod quàm falsum sit, ex eo sanè apparet, quòd vt res aliqua pignori vtiliter obligari possit, eam necesse est non solùm in pleno debitoris dominio esse, sed etiam adeò pleno & libero iure vt nihil sit quod prohibere possit quominus pro arbitrio eam obliget. Etsi enim dici solet causam dominij nihil cum iure pignoris habere commune, *l.* 1. *de pignorib.* id tamen eò pertinet vt extincto debitoris dominio siue per alienationem, siue per vsucapionem, non idcirco pignus quod semel contractum vtiliter fuit, extinguatur. Cæterùm adeò pendet ius pignoris ex iure dominij, vt nisi dominus sit debitor, aut domini consensum habeat, alienam rem obligare non possit. Inde autem infero, quòd quamuis debitor qui rem suam pignori dedit, eius dominium nihilominùs retineat, *l. cùm & sortis* 34. §. *vlt D. de pignor. act.* Eandem tamen rem alij priùs obligare non potest, quàm prioris pignoris ius & vinculum dissoluerit, quia dominium quod nunc habet, non est ei liberum, cùm sit iam alij obligatum, & in eo vt creditor pignoratitius quandocumque volet id pro suo iure distrahere possit, & cõsequenter impedire ne alius creditor distrahat, quandiu prioris pignoris vinculũ subsistit. Quod certissimum argumentum est posterioris pignoris inutiliter cõtracti. Vetissimũ enim est quod & vulgò iactatur, inutile pignus esse quod distrahi nequeat. *l.* 4. *D. de pign. act.* Cumq; is qui comparauit à creditore iure suo distrahẽte, non solùm ius pignoris quod creditor habuit sibi acquirat, sed etiã ius dominij & proprietatis, *l. qui à creditore. C. de dist. pig.* & adeò sit securus vt neq; à debitore ipso, neq; à posteriorib. debitoris cre-

creditoribus inquietari vnquam possit,nec si totum id quod priori creditori debitum fuit,aut.etiam venditionis precium offeratur *l.1.& tot.tit.C.si antiq.cred pign.vendid.*planè non video quem effectum, quámve vtilitatem habere possit ea sententia,quæ velit eandem rem vni iam in solidum obligatam,alteri quoque in solidum obligari potuisse. Siquidem pignoris semel vtiliter contracti vis & potestas illa est, vt nunquam nisi soluto debito,aut consolidato dominio extinguatur, imò vt dominij consolidatione extinctũ ablato subinde creditori dominio restauretur,& vt ita dicam, resuscitetur, quandiu verum est pecuniam quæ fuit debita solutam non esse *l.ex sextante §.1.D.de.except.rei iudic.l.debitor 59.D.ad S.C.Trebell.l.grege 13.§.etiã, D.de pignor.* Proinde si verum esset eandem rem pluribus in solidum separatim obligari posse, fatendum esset alienato per anteriorem creditorem pignore, non minùs in posterioris futurum potestate vt oblato saltem venditionis precio pignus eximeret emptori, suumque ius omnimodo tueretur,nisi paratus esset emptor ei offerre:qui tamen offerre nunquam cogitur, nequidẽ, quod magis mirum est, si dolo creditoris facta venditio sit, nisi dolum emptor quoque participauerit,& illud præterea concurrat vt creditor qui vẽdidit,non sit soluendo *l.vlt.C.si vendit.pign.agat.* Indéque nimirum illud est, quod Iureconsulti nostri,quibus locis tractant de eadem re pluribus obligata,sic loqui solent, vt posterioris creditoris ius omne in eo consistat, quod anteriori offerre, atque ita dimisso illo & extincta prioris pignoris obligatione pignus suum confirmare possit,*tot.tit. Qui potior.in pignor.hab.* Vt intelligamus posterioris creditoris ius,nec vllum esse antequàm confirmatum sit,nec confirmari posse, nisi dimisso anteriore creditore. Illud sanè verum est,quod Bartolum & cæteros fefellit. Eadem re pluribus obligata si anterior ex posterioris pecunia dimissus sit, confirmari pignus posterioris ipso iure,id est,non esse necessariam nouam conuentionem de pignore,vt pignoris vinculum quasi nondum contractum nunc demum contrahatur. Sufficit enim vt de pignore iam antè aliquando cõuentum sit, licèt eo tempore quo pignus contrahi vtiliter non potuit,quia cùm pignoris obligatio (hypothecam intelligo non pignus propriè quod traditione duntaxat contrahitur) nudo consensu constituatur,frustra requiras nouam conuentionem vt inducas hypothecam quæ vires suas exerat sublato quandocunque impedimento quod ex prioris creditoris potiore iure nascebatur. Verum namque est conuentum fuisse de pignore, licèt pignoris vinculum nullum contrahi tũc potuerit, nisi sub tacita quodammodo conditione, si quandoque prioris pignoris vinculum dissolueretur, quod posteriorem conuentionem inutilem faciebat.Itaque videas apud iuris autores tractari passim de eadem re pluribus pignori data,neque tamen vsquam scriptum reperias, in eadem re duplex vinculum pignoris eodem tempore consistere potuisse. Aliud namque est pignori aut hypothecæ dari,aliud re vera & vtiliter obligari. Datur hypothecæ nuda conuentione,quæ si aliqua ratione impediatur ne effectum habere possit, facilè in id tempus differre potest obligationem quo sublatũ erit impedimentum.Satis enim est,& materiam & formam adesse ex qua pignoris obligatio æstimanda sit,debitum & consensum. At non contrahitur hypotheca aut ptgnoris obligatio priusquàm res quæ iam vni est obligata in eum statũ reducta sit vt alteri obligari possit,id est priusquàm sit à priore creditore liberata. Ex quo illud etiam est, quod qui res suas iam obligatas

Digitized by Google

ſecundo creditori obligant ſi non præmoneant ſecundum creditorem, perinde incidunt in ſtellionatum acſi rem vni venditam alij venderent aut obligarent *l.3. D. de crimin. ſtellion.* Ob idque vt periculum illud effugiant prædicere ſolent alij nulli rem eſſe obligatam quàm fortè Lucio Titio, vt in id quod excedit priorem obligationem res ſit obligata, id eſt vt ſit pignori hypothecæue id quo pluris eſt, aut ſolidum cùm primo debito libera res fuerit, inquit Caius in *l. & quæ nondum* 15. *§. qui res ſuas. De pignor.* Quibus verbis an non apertiſſimè ſignificat fieri non poſſe, vt res quæ iam pignori data eſt, quandiu primo illo debito libera non fuerit, alteri vlli ſit in ſolidũ obligata? Sed adhuc apertiùs iis verbis quæ ſequuntur. Sic enim habent, *De quo videndum eſt vtrum ſe ita hoc habeat, ſi & conueniat, an & ſi ſimpliciter conuenerit de eo quod excedit vt ſit hypotheca. Et ſolida res ineſſe conuentioni videtur, cùm à primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars. Sed illud magis eſt quod priùs diximus.* Igitur ſolida res ineſſe conuentioni, & pignori data eſſe intelligitur, ſecundo creditori, ſed eo demum tempore quo à primo creditore liberata fuerit, non anteà. Et verò ſi vinculum pignoris in ſeruo quem verus dominus vel pro minima ſumma obligauerit impedit dationem libertatis *l. generaliter* 24. *§. ſi quis ſeruo pignorato. D. de fideic. libert.* nec directam duntaxat ſed etiam fideicommiſſariam, vt contra Tribonianum à nobis diſputatũ eſt *lib.* 15. *Coniectur.* quantò magis impediet, ne qua pignoris noua obligatio contrahatur? Apparet itaque ex ſuperioribus non potuiſſe vlli ex pendentibus in mentem venire vt dubitraet, duobus de hypotheca pariter paciſcentibus inquantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro partibus dimidiis, an pro debiti quantitate. Semper enim conſtitit, vel ſingulis in viriles acquiri obligationem pignori ſi vna eadémque conuentione ſibi omnes proſpexerunt, vel primo creditori inſolidum, licèt nonniſi pro debiti quantitate, poſteriori verò nulla prorſus ex parte, ne quidem in id quod priorem obligationem excederet, quandiu prioris pignoris vinculum duraret. Nam cùm expreſſim adhibetur conuentio illa de qua Caius in *d. §. qui res ſuas*, vt in id duntaxat quod excedit priorem obligationem, res ſit poſteriori obligata, non eum conuentionis effectum eſſe exiſtimandum eſt vt aliqua ex parte rem obligatam habeat poſterior creditor quandiu pignus anterioris durat, ſed illum duntaxat ne poſſit ſecundus creditor conqueri ſe deceptum à debitore, & vt intelligat non aliam ſe ex pignoris conuentione vtilitatem ſperare poſſe, quàm vt dimiſſo propriis ſi volet numis anteriore creditore pignus ſuum confirmet, ita vt ſolidam quidem rem exinde obligatam habeat, ſed tamẽ ex noua cauſa præſtitæ litis æſtimationis, potiùs quàm conuentionis ſuæ poteſtate, præterquàm pro ea quantitate quæ priorẽ excedit obligationem. Pro ea ſiquidem quantitate poſterior creditor pignoris ſui ius acceptum ferre debet, non præſtitæ litis æſtimationi, ſed propriæ cõuentioni, habito ſcilicèt reſpectu non tam ad ius pignoris quàm ad effectũ. Ius namque pignoris ſanè non niſi ob præſtitam anteriori creditori litis æſtimationem, nec niſi ex eo tempore poſteriori acquiritur, quo tamẽ facto, res eò recidit vt perinde ſit acſi priori creditori obligatum pignus fuiſſet, ad eá vſque duntaxat æſtimationem quæ quantitati debitæ reſponderet. Hęc cùm ita ſint, videamus iam quid ad propoſitam quæſtionem Tribonianus cõtrà reſpõdeat, *Et magis eſt*, inquit, *vt pro quãtitate debiti pignus habeant obligatũ*, Ergo ſi pro centum aureis obligatus ſit fundus dignus ducentis anteriori

creditori

creditori, posteriori verò pro quinquaginta, erit pars dimidia tantùm eius fundi obligata anteriori, posteriori verò quarta, reliqua proinde quarta pars nulli. Hoc enim non minùs consequens est, quàm ridiculum, & ineptũ. Cõstat siquidem pignoris obligationem indiuiduam esse, tùm etiam cùm hypothecaria aduersus tertios possessores exercetur, *l. rem hereditariam* 65. D. *de euict.* ac multò maiori ratione si contra ipsum debitorem, quem nos casum tractamus. Sequitur enim, *sed vterque si cum possessore agat, quẽ admodum*? Nã si Tribonianum sic intelligas, vt solida quidem res sit anteriori creditori obligata, sed ita tamen vt non nisi ad eam vsque quantitatem quæ debetur ei offerri oporteat, facias sanè magis ridiculum qui id moneat de quo ne anus quidem dubitaret. Quis enim nesciat solui vinculum pignoris oblata ea quantitate quæ debetur, licèt pignus multò pluris esse proponatur? Deinde hoc ipsum quod dicimus obligatum esse pignus pro debiti quantitate, quid aliud est quàm esse obligatum in solidum? Atqui iam probauimus eandem rem pluribus eodem tempore in solidum obligatam esse non posse. Tum verò quid si non pluris res sit quàm vni ex creditoribus debeatur? Quomodo fieri poterit vt vnusquisque pro quantitate debiti pignus habeant obligatũ? An alteruter debiti sui iacturam patietur? Vter verò? An potiùs pro rata portione de vtriusque debito diminuetur? Hoc enim omnino explicandum erat: Sed neque distinctio illa prætermittenda quam Tribonianus necessariam putauit cùm agitur aduersus tertiũ possessorem, an pignus eodem die vtrique datum sit separatim, an simul & semel. Taceo quod locutio illa quã nos ex Tribonian i p.tiùs quàm ex nostra sententia vsurpamus parũ elegans est dignáque Iureconsulto, vt pignus obligatum dicatur. Pignus enim cùm dicimus, iam ipsam quoque obligationem significamus, ob idque solent Iureconsulti dicere *pignus datum* aut *pignori rem obligatam*, non autem *pignus obligatum*. Ferèque similis hic error est ei quem in superioribus obseruauimus De lege commissoria quam nostri vocant pactum legis commissoriæ, eodem prorsus & perinde inepto loquendi modo, acsi dicerent *pactum pacti commissorii*. Nam & similiter in proposito qui pignus obligatum dicit, æquè stolidus est acsi diceret *obligatam rem obligatam*: cùm pignus nihil nisi rem obligatam significet. Sequitur apud Tribonianum *sed vterque si cum possessore agat, quemadmodum*: (viden' Triboniani concisam eloquentiam?) *vtrum de parte quisque, an de toto quasi vtrique in solidum res obligata sit*? Absurda etiam & otiosa quæstio. Contractum enim cum debitore vinculum pignoris cur diuerso iure censeatur si contra possessorem quàm si contra debitorẽ ipsum agatur; Aut quis vnquam audiit ob alienationem pignoris à debitore factã meliorem effici vel deteriorem creditorum conditionem? Fateor aliter æstimari litẽ, cùm hypothecaria exercetur contra debitorẽ ipsum quàm si cõtra possessorẽ, vt nos docuimus *lib.* 15. *Coniect.* ex Vlpiano in *l. si inter* 21. §. *vlt. eod. tit.* D*e pignor.* quæ res sanè Tribonianũ fefellit, vt & in §. *in vindicatione eiusdem leg si fundus* De quo scripsimus *lib. eod.* 15. *coniect.* Sed aliud est de hypothecariæ litis æstimatione, aliud de iure & vinculo pignoris quęrere: siue náq; vnus siue duo pluréve de pignore aut pariter aut separatim paciscãtur, ius pignoris ab initio tale contrahi necesse est, quale in perpetuum & aduersus quoscunq; vnquá futurũ sit: nimirum quia totũ pendet ex cõuentione iurisque potestate quæ non nisi vna est, & semel tantùm interuenire potest.

Quod verò ad ineptam quæstionem Tribonianus respondet, *quod erit dicendum si pignus eodem die vtrique datum est separatim*, multò est ineptius. Quæstio enim concepta erat de pignore duobus pariter dato. Responsio autem quæ ad quæstionem accommodata esse debuit, de pignore est quod duobus datum sit separatim. Nam quod additur *eodem die* Triboniani inscitiam apertiùs detegit. Quan verò pignus vtrique pariter datum esse intelligatur cùm datum est separatim si modò eodem die. Id enim est quod ex hoc loco Bartolus notat, Simul fieri dicenda ea, quæ fiunt eodem die, licèt diuersis momentis: quo quid falsius? Imò verò cùm creditorum pignoratitiorum ius & ordinem ex contracti pignoris tempore æstimamus, inspiciendum tempus est de momento in momentum, vt qui vel momento vno si fieri posset, prior conuenit de pignore potior etiam sit iure. Tantum abest vt nihil interfit an eodem momento an eodem die pignus datum sit pluribus separatim. Planè si nesciatur quis anterior sit, licèt certum sit datum fuisse separatim, aliud nihil est quod melius dici possit quàm vt ambo concurrant in pignore, vt in *l. idémque 7. D. qui potior. in pign. hab.* non autem, quod Bartolus credidit, vt melior sit conditio occupantis. Nemo enim pignoris sui ius ob id tantùm amittere potest quòd de pignore agat tardiùs. Sed hoc ita accipiendum est si ambo simul agant hypothecaria siue contra debitorem ipsum siue contra tertium possessorem. Nam si alter tantùm agat, non potest debitor ipse aut alius quilibet possessor eum vindicantem pignus in solidum repellere pro parte, quasi non habeat creditor rem illam nisi pro parte duntaxat obligatam. Non enim fiunt hæ partes nisi concursu plurium creditorum, & quemadmodum is quoque qui posteriore loco pignus accepit si anteriore creditore tacente hypothecariam exerceat non malè agere creditur eique omnimodo offerendum est, si non tertius possessor ille sit qui in anterioris creditoris iura successerit, *l. 1. & tot. tit. C. de his qui in prior. credit. iur succes.* Ita & multò magis fatendum est non habere reum, quisquis tandem ille sit, ius excludendæ pro parte hypothecariæ quæ in solidum exercetur ab eo qui pignus sic accepit vt nesciri possit priórne an posterior acceperit. Plus enim iuris habet ille, quàm si constaret posteriorem esse: certè non minùs. Neque tamen ea res faciet vt alius creditor, de quo similiter ignoratur an prior an posterior pignus acceperit, ius suum exequi prohibeatur. Habebit enim ille fundatam intentionem docendo se pignoratitium creditorem, nec poterit tanquam posterior repelli ab eo qui se anteriorem probare non possit. Ita fiet vt tum demum concurrant in viriles & æquales partes, perinde acsi simul & coniunctim pignus accepissent, vt in *d. l. aliena res 20. §. 1. De pignor. act.* Nisi fortè quis probabilius esse putet vt qui pignora persequitur aduersus tertium possessorem eundémque hypothecarium creditorem, non aliter videri debeat habere fundatam intentionem ad auferendam eo possessionem, quàm ipse anteriorem esse probet. Quo enim alio iure eumeat, in eóque possessionis commodum aliquod esse debere videtur, licèt alioqui differat pignus à dominio in eo quód non sicut inter emptores ita & inter creditores pignoratitios præfertur is cui prius tradita possessio est, *l. quotiens 15. C. de rei vindic.* sed is demum qui prior de pignore conuenit, tametsi pignoris, aut vt melius loquar, hypothecæ possessionem nunquam acceperit *l. 1. & pass. qui potior. in pign. hab.* D. & C. Secundùm quam sententiam quæ procul dubio nobis magis probatur, verum erit quod Bartolus voluit, meliorem

fore

fore occupantis condicionem,ſed alia & meliore ratione quàm ipſe exiſtimauerit,imò & alio ſenſu.Occupantem enim ipſe intelligit eum qui prior agat, ego verò eum qui priot poſſeſſionem pignoris & hypothecę nactus ſit, dum ne eo tempore quo iam alius agere cœperit. Neque enim poteſt quicquam imputari ei qui non eſt negligens in agendo,licèt per debitoris aut poſſeſſoris tergiuerſationem fiat vt poſſeſſionem tam citò non amiſerit poſſit.Subiicit Tribon.*Sed ſi ſimul illi & illi ſi hoc actum eſt vterque recte in ſolidũ aget.ſi minùs vnuſquiſque pro parte.* Hoc verò etiam falſum eſt:Poſſe vtrũque rectè in ſolidum agere de pignore,tametſi ponas hoc actum eſſe vt vtrique pignus in ſolidum teneretur, quia neque hoc agi poteſt,cùm fieri nequeat vt duobus ſimul eadem res in ſolidum ſit obligata,ita vt poſſit vterque rectè in ſolidum agere.Nam ſi quo caſu fieri id poſſet,tunc maximè id fieret cùm duo rei credendi conſtituti eſſent,in quorum ſcilicet perſonis ſingulis conſtat obligationem totam,agendíque in ſolidum ius conſiſtere *l.2.D.de duob. reis.*Obligatio namque pignoris ſequitur naturam & condicionem obligationis perſonalis,atqui fieri nunquam poteſt vt pluribus reis ſtipulandi in ſolidum ſimul agere ſingulis permittatur,quia occupanti totius iuris exercitio ſoli acquititur,adeò vt ſi ſemel vnus ex iis egerit,alteri promiſſor offerendo pecuniam nihil agat *l.ex duobus* 16.*eod.*perinde acſi ita ſtipulati eſſent *ſi illi non dederis,mihi dabis:*vt in *l.ſi Titius* 9.*D.de verb.oblig.* Multò minùs igitur fieri poteſt vt ambo ſimul agant rectè in ſolidum de pignore. Et conſequenter diſtinguere Tribonianus debuit,cùm ſimul illi & illi pignus datum eſt an facti ſint ij correi credendi ,an non : vt priore caſu in ſolidum quidem pignus ſingulis obligatum ſit,ſed ita tamen vt occupantis futura ſit tota actio,nec ſimul rectè in ſolidum agere ſinguli vnquam poſſint, poſteriore verò caſu non niſi pro virili parte agere ſiue coniunctim,ſiue ſeparatim quiſque poſſit,*d.l.reos* 12.§.*cùm tabulis.De duob.reis.* Quæ cùm ita ſint quis non Triboniano potiùs quàm Marciano tribuat totam hanc diſtinctionem, quæ à vera rectaque iuris ratione tantopere abhorreat? Quo admiſſo illud etiam facilè ſibi omnes perſuadebunt, cætera quæ nos tota ea lege à Triboniano corrupta & immutata diximus, neque Marciani elegantiæ, neque iuris rationi conuenire. Sed illud præſertim quod docuimus ſupr. cap.7.ad §. *vlt.d.l.ſi fundus,*de verbis illis delendis,*Hoc enim caſu videtur quodammodo condicionalis eſſe venditio.*

ERROR DECIMVS.

De hyperocha quam,vulgo pluriſualentiam appellant.

HYPEROCHAE nomen elegans ſicut græcum eſt,aut ex græco latinum factum,ita veteribus interpretibus quibus ſollenne erat dicere *græcum eſt,non legitur,* prorſus incognitum fuit. Imo &,quod magis mirum eſt, Haloandro in græca licèt lingua, meliùs ſanè quàm in iuriſprudentia, verſato, qui apud Thryphoninum in *l.quærebatur* 20.*D.qui potior.in pegnor.hab.*vbi duobus locis hyperochæ mentio fit, pro hyperocha hypothecam poſuit, quaſi vitioſa eſſet

lectio florentina : quomodo & veteres omnes gloſſatores legerunt, nihil in eo abſurdi eſſe exiſtimantes ſi quis dicat *hypothecam obligari* aut *hypothecam pignoris* acti non idem eſſet pignus, quod hypotheca ſi ipſius rei & actionis hypothecariæ effectus ſpectetur. Eadem illis errandi cauſa fuit quod ad antichreſim attinet. Nam & quid antichreſis eſſet, quia græcum nomen fuit, penitus ignorarunt, neque dubitarunt legere *antiphonam* pro *antichreſi* in *l. ſi is qui* 11. §. *ſi* ἀντίχρησις. *D. de pignor.* in eaq; *antiphonæ* dictione explicada nõ parum inſudat eo loco Bartolus vt ſubtilem agere videatur, ſumpta ex antiphonis quæ ante pſalmos Dauidicos in ſacroſancta Dei eccleſia cantari ſolent, interpretatione. Primus Andræas Alciatus fuit, qui vtrũque nomen iã penè interpretum barbarie obliteratum reſtituit, & quid antichreſis, quid hyperocha eſſet, ex græci ſermonis, ſimúlque iuncta Romani iuris ratione, feliciter non minùs quàm eruditè explicauit. Sed de antichreſi quidem, iam ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus. Nonnulla etiam fortaſſis in ſequentibus, ſi quid occurret, adiecturi. De hyperocha nunc aliquid dicendum nobis eſt. Eam poſt Alciatum definit Iacob. Cuiacius *lib. 4. obſeruat. cap. 25.* vt nihil aliud ſit quàm id quod plus eſt in pretio fundi quàm in credito prioris creditoris. Non malè, ſi pignoris duntaxat hyperocham definire velis, de qua in *d. l. quærebatur*, & in *l. & qua nondum* 15 §. *qui res ſuas. D. de pignor.* Verùm tamen patet latiùs hyperochæ nomen quàm vt ad cauſam pignoris coarguſtari debeat. Nam & eius rei quæ nullo pignoris vinculo teneatur, hyperocham dicimus, ſi qua fortè res vendita ſit viliore pretio ſiue ſub pacto de retrouendendo, quod ab antiquis illis fiduciis quas in pignorum mancipationibus frequentari ſolitas fuiſſe ſuprà diximus, originem traxiſſe videtur, ſine tanta interueniente in pretio læſione vt ex ea cauſa reſcindi venditio poſſit, emptorique, ni quod iuſto deeſt pretio ſuppleat, res auferri. Quamquam hoc ſenſu vix ſanè eſt vt hyperochæ nomen à prudentibus vſurpatum reperias, quibus ſcilicet inauditum fuit ius illud quod ex tempore latæ à Diocletiano & Maximiano conſtitutionis quæ extat in *l. 2. C. de reſcind. vendit.* tam frequens eſt vt nullum aliud frequentius. De reſcindenda venditione quoties vltra dimidiam iuſti precij venditor læſus proponitur. Sicut nec pacti de retrouendendo mentio vlla eſt in prudentum reſponſis, non quòd fuerit vnquam iure ciuili improbatum, vt conſtat ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* & *l. j. C. quand. decret. opus non eſt.* Sed ideo, ni fallor, quòd proximè accedat venditio quæ fit ſub pacto illo ad naturam pignoris fiduciarij quod per mancipationem contrahebatur, vt docuimus in præcedentibus, & quarum olim frequentiſſimum vſum fuiſſe conſtat non ſolùm ex Pauli ſententiis ſub *tit. D. pignor.* & *De leg. commiſſ.* ſed ex ipſa etiam Conſtantini lege quæ fiducias iltas omnes antiquauit, adeóque omnem earum memoriam deleuit, vt loquitur *l. vlt. C. de pact. pignor.* non alia ratione, vt cõſtitutio ipſa præ ſe fert, quàm quòd ſub fiduciæ obtẽtu creſceret in dies magis ac magis aſperitas legis commiſſoriæ, id eſt, vt interpretati ſumus, mancipationis pignorum in qua lex commiſſoria adhibebatur, creditoribus nimirum facilitate & inopia debitorum ad impij lucri captandi occaſionem abutentibus. Videbatur enim ea contrahendi ratio expeditior fœneratoribus, qui non tam id agebant vt ſibi rem alienam acquirerent quàm vt pecunias ſuas ſub grauiſſimo fœnore in contractus liciti ſpeciem collocarent. Vnde & illud fit quod interpretibus placet, venditionem factam ſub pacto de retrouen-

trouendendo, si immodica læsio interuenerit, & accedat fœnerandi consuetudo in emptore simulatam videri, & pro contractu pignoratio potiùs quàm pro emptione habendam esse. Quamquam hæc sententia non omnino à nobis probatur, sed eo demum casu quo emptor eiusmodi contractus quàm plures fœnerandi gratia inire solitus esse proponatur, & probetur, quemadmodum suo loco disputauimus. Cæterùm ne ab instituto de hyperocha tractatu longiùs aberremus, cùm nihil aliud sit hyperocha quã quod Latini aut potiùs barbari *plurisualentiam* Galli, *plusualue ou preualẽce* appellant, nemo dubitat quin extra causam pignoris hyperochæ vsus quàm plurimus esse possit. Itaque rectiùs, meo iudicio, & generaliùs hyperocham sic definieris, vt sit id quo pluris res est siue obligata, siue vendita, aut in solutũ data sit. In eo autem pragmatici errant quod plurisualentiam hanc (sic enim cum iis loquendum est, quia quid hyperocha sit, non intelligunt) separant à re ipsa, quasi aliquid sit distinctum, & in iure potiùs quàm ipsa in re consistens, ita vt eius qui hyperocham vel emerit, vel pignori acceperit, longè aliam ferè in omnibus rationem constituant, quàm si rem totam aut emisset aut pignori accepisset. Ego verò didici nihil aliud esse hyperocham quàm rem ipsam cuius hyperocha est, sed cum hac tamen adiectione, postquàm ius omne possessoris in ea ipsa re constitutum penitus sublatum, & extinctũ fuerit. Nam quemadmodum proximè disputabamus, fieri non potest vt non sit creditori obligata in solidum ea res quæ tota obligata est, licet multò pluris sit, quàm illud est quod debetur: Nec similiter vt non sit emptori in solidum acquisita ea res, quæ tota vendita fuit quantacunque læsio interuenerit: nimirum, quia differt omnino pretium rei à re ipsa, nec cum ea quicquam hac parte commune habet, adeò vt tùm etiam cùm res venditur, pretium non tam ex re, quàm ex negotiatione ipsa percipi existimetur *l. venditor* 21. *D. de hered. vel action. vendit.* Proinde quandiu possessoris ius durat, non potest videri quicquam iuris in re habere is qui hyperocham duntaxat habet, sed ad rem duntaxat, vt possessoris ius oblato omni eo quod ei debetur, possit dissoluere: quo demum dissoluto non iam de hyperocha quærendum est, sed de re tota, non secus ac si tota in obligationem & conuentionem deducta esset. Quam in sententiam textus est & apertissimus, & accommodatissimus in *d. l. & quæ nondum* 15. *§. qui res suas. D. de pignor.* vbi Caius scribit hoc ipsum quod nos volumus hyperocha pignori data videri solidam rem inesse conuentioni cùm à primo creditore fuerit liberata.

ANTONII FABRII IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA SECVNDA.

ERROR I.

De differentia addictionis in diem, & venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo.

DIXIMVS ſuperiore Decade de pacto legis commiſſoriæ tã in pignoribus, quàm in venditionibus. Dicendum nunc aliquid eſt de pacto addictionis in diem, itémque de venditione facta ſub pacto de retrouendendo: qui tractatus in foro frequentiſſimus eſt, ſicut & hoc genus venditionis. Sunt autem inter pragmaticos non pauci, qui conuentiones iſtas vſque adeò affines eſſe putant vt venditionem quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo non dubitent addictionem in diẽ appellare, inſpecto, inquiũt, euentu & effectu conuentionis, quia ſi intra præſtitutum diem pretium véditionis reſtituatur perinde ab emptione receditur, reditque dominium ad venditorem, acſi fundus in diem addictus, & intra eam diem melior conditio allata eſſet. Vtroque ſiquidem caſu pretium emptori redditur, ſed cùm addictio in diem facta eſt, non aliter quàm ſi melior conditio ab alio offeratur. Cùm verò venditio pactum habet de retrouendendo, illud ſolum inſpicitur an venditor pecuniam pretij habeat quam poſſit reddere, non etiá à quo eam habuerit. Et ſanè venditio quæ ſub pacto retrouendendi contracta eſt propiùs accedere videtur ad addictionem in diem, quàm ad legem commiſſoriam. Quia licèt venditio facta ſub pacto commiſſorio perinde ac ea quæ fit ſub pacto addictionis in diem purè contracta intelligatur, perfectáque (quoniam ſolo conſenſu, pretíque conuentione perficitur) non tamen impleta dici poteſt ex parte emptoris qui pretium nũquam perſoluit. Implementum nãque venditionis ex latere venditoris in eo conſiſtit, vt rem tradat eiúſque dominium quod habet transferat in emptorem. Ex parte verò emptoris vt pretium det venditori *l. ex empto* 11. *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action. empt.* Porrò legis commiſſoriæ in venditionibus formula illa eſt, vt ſi ad dictam diem pretium venditionis ſolutum non erit, res ſit inempta. Ideóque minùs durum eſt reſolui venditionem licèt bona fide cõtractã, priuſquàm omni ex parte ſit impleta. At venditio quæ fit ſub pacto addictionis in diem, non tantùm pura eſſe conſenſúque perfecta dicitur, ſed etiam impleta

pleta per traditionē rei vēditæ ex parte vēditoris,& ſolutionē ptetij ex parte emptoris ,priuſquā ob allatā melioré cōditionē reſoluatur:nō quod neceſſe ſit ſolui pretiū à priore emptore(verba.n.cōuētionis faciūt potiùs,vt vix ante diē ſoluere prior emptor debeat)ſed quia nihil ꝓhibet quominus pretiū etiā in ipſo vēditionis exordio ſoluatur,vt Pap.ait in *l.vlt.ll.t.de in diē addic.*Idē cōtingit in vēditione facta ſub pacto de retrouendēdo. Priùs.n.impletur q̄ reſoluatur,nec tā facilè in hāc ſpeciē cadit dubitatio illa quæ in pacto legis cōmiſſoriæ aut addictionis in diē occurrit,an vēditio ſub cōditione facta videri debeat,an purè potiùs,ſed quæ tamē reſoluatur ſub cōditione,quo prudētes diſputāt in *l.2.D.de in diē addic.*& *l.1.de leg.cōm.*& quid inter cōtrahēntes actū ſit,inſpici volūt.Neq;n.formula cōuētionis repugnat quominùs vtrauis interpretatio capi poſſit,licèt in eā ſententiā ꝓclriuiores ſint vt purè cōtracta vēditio intelligatur,& poſtea ſub cōditione reſoluatur. Denīq; q rē ſuā vēditā ſub pacto de retrouendēdo certa die in eā rē cōſtituta,videtur quodā modo in diē ſi nō addicere,ſaltē alienare.Mihi tñ q̄ maxima inter huiuſmodi cōuētiones differētia eſſe ſemp viſa eſt.Nā ex lege cōmiſſoria aut ex pacto addictionis in diē,ſiue purā ſiue cōdicionalē vēditionē initā eſſe dicas,reſoluitur vēditio in ſuo caſu ſola pacti poteſtate,nec in eā rē noua cōuētione aut traditione vlla opꝰeſt:qa huiuſmodi cōuētionū formula eò ptinet vt fundus inēptus fiat.i.nūquā emptus,nūquā venditus: Ob idq;nimirū hæ cōuētiones patū fauorabiles exiſtimātur,ꝙ vēditionē cui adhibentur deſtruāt,quā pfice re potiùs deberent:quódq;dominū emptori quęſitū ei auferāt nullo ipſius facto intercedente:quia nec niſi ea lege dominū rei ſuę in emptorem trāferre vēditor voluit.Perpetuū.n.eſt vt cuilibet liceat cū rē ſuā alienat,legē alienationi quā velit dicere, imò illā ēt quę inutilis futura eſſet,*l.ei fūd.*19. D.*de ſer. l.vēditor.*13. D.*cō.prad.* At cū vēditio fit ſub pacto de retrouendēdo nō ſolū pura venditio cōtrahitur , ſed ita vt nec vnquā ſub cōditione reſoluatur : quod pauci,vt puto,crediderint,nemo certè in hūc vſq.diē dixit,aut animaduertit, ſiquidem retrouenditio illa quā ex cōuentione fieri neceſſe eſt,nō tā prioris venditionis reſolutio quàm ſecūda venditio eſt,atq; ita prioris potiùs quædā cōfirmatio. Nā cum huiuſmodi pacto id omnino agatur vt per retrouenditionē dominiū rei venditæ qđ à venditore tranſlatū fuerat in emptorem recurrat ab emptore ad venditorem,nō tanquam ab emptore , ſed tanquam à nouo venditore, qui p traditionem dñs effectus aliū dominum facere poſſit, prorſus neceſſariū antecedens illud eſt , vt prioris venditionis ſalua poteſtas maneat,ſine qua non niſi fruſtra de transferendo per retrouenditionem dominio is ageret qui ex reſoluta aut reſoluēda venditione plenū ſibi dominiū nō quæſiuiſſet.Quod in lege cōmiſſoria , & pacto addictionis in diē diuerſū eſt,quib.ſc.id quidem agitur vt dominium qđ fuit quæſitū emptori redeat ad venditorem , at nō tanquam ab emptore rurſus tranſlatum in venditorem, ſed potiùs quaſi nūquā factū emptoris ob reſolutā pacti poteſtatevenditionē. Inde verò differentiæ aliæ quàm plurimæ naſcūtur,ſed ꝑcipuæ duæ,quarum vna & prima illa eſt,ꝙ reſoluta vēditione quæ facta fuerat ſub pacto cōmiſſorio aut addictionis in diē, ſiue ob nō ſolutū ſua die pretiū, ſiue ob allatā in tra diē ꝓſtitutū melioré cōditionē,dominiū ipſo iure redit ad venditorem .i. ita vt nullo facto nullāq; retrotraditione opus ſit,*l.vbi autē.* 4.§.*ſed & Marcellus,& paſſ.de in diē addi.l.ſi fundus* 4.*& ſeq.de leg.cōm.*Quod ſanè mirū videri poſſit cū dici ſoleat dominia traditionib.transferri nō pactionib.*l.tradi-*

tionib. 20. *C. de p.ac.* traditioné verò facti esse, ideóq; nec cõuentione vlla fieri posse, vt quod factũ fuit ꝑ infecto habeatur. Sed ratio est, quia nõ ois traditio trãsfert dominiũ, sed ea demũ quæ non est nuda, i. quæ causã habet, & quidẽ iustã ac legitimã, qualis illa est quæ fit ex titulo emptionis. *l. nũquã nuda* 20. *D. de acq. rer. dom.* Proinde tãdiu dũtaxat põt ea traditio ꝑdesse ad dominiũ trãsferẽdũ quãdiu emptio subsistit. Nã statũ atq; finitur emptio q̃ ab ea discessũ sit ex pactiõ cõuẽtione, desinit causã habere traditio, nec videtur vnquã habuisse, cũ fũd⁹ licẽt reuera empt⁹ in eã causã deducat, vt haberi debeat ꝑ in empto: sc. ꝓpter cõuẽtionẽ quę nõ potest cõtractã pfectãq; vẽditionẽ, secutãq; traditionẽ facta sit (nã nisi integris aut in integrũ restitutis omnib. ab emptione discedi nõ põt, ne mutuo quo quidẽ cõsensu, *l. ab empt.* 58. D. *de pact.* sed in ipsa vẽditione ineũ la, & eo tẽpore quo legẽ vẽditioni dicere cõtrahẽtes potuerũt, qualẽ voluerũt. At cũ vẽditio sit sub pacto de retrouẽdẽdo. i. cũ hoc actũ fuit vt quod iã ego tibi ꝑstiti, tu contrà præstare mihi cogaris, nõ tã hoc agitur vt à pristino negotio discedat, q̃ vt nouæ quædã obligationes tur, inquit N. ra. in *d. l. ab empt. in fi.* vbi addit, cõuẽtione quę ptinea uẽdũ id quod actũ est, ꝑfici hoc nullomodo posse, vt quod ego tibi iã tradidi, tu cõtrà mihi tradere tenearis. Resolu. n. cõtract⁹ dicitur cũ in eũ statũ res deuenit vt cõtract⁹ null⁹ vnquã init⁹ esse videatur. Atqui retrouẽditio, siue facta, siue faciẽda sit nõ efficit vt prior vẽditio ꝑ nõ facta habeatur, sed cõtrà potiùs vt factã eã esse necesse sit, adeóq; subsistere ad hoc vt retrouẽditioni loc⁹ fiat. Et cõsequẽter sicuti vẽditio nuda. i. quæ traditionis adminiculo destituta esset, trãsferre dominiũ in emptorẽ nõ posset, ita neq; dominũ quod ex vtili & nũquã finita vẽditione emptori acquisitũ fuit, ad vẽditorẽ recurrere vllomodo põt, nisi ꝑ mediã retrotraditionẽ ꝑ quã sc. secũda vẽditio pinde impleatur, atq; prior iã impleta fuit. Deniq; ꝓpactũ de retrouẽdẽdo id agitur, vtq; nũc emptor est fiat aliquãdo verus vẽditor, nõ vt desinat esse emptor, itẽq; vt vicissim fiat emptor qui nũc est vẽditor, nec idcircò tamen vẽditor esse desinat, quia cũ duplex vẽditio sit, nõ implicãt ista cõtradictionẽ. Alia differẽtia est quod ad rei vẽditæ fruct⁹ attinet. Nã cũ vẽditio purè facta est, resoluẽda tamẽ sub cõditione legis cõmissoriæ aut addictionis in diẽ, cõstat fructus oẽs medio tẽmpore ꝓceptos ad emptorẽ ptinere, sed ita tamẽ vt resoluta vẽditione, siue ob nõ solutũ pretiũ, siue ob allatã meliorẽ cõditionẽ oẽs eos, & integros vẽditori restitui oporteat *l. 2. §. vl. l. 4. §. 1. & §. idẽ Iulian. 2. l. iũ quod dictũ 6. de in diẽ addi. d. l. 4. de leg. cõm.* Idq; aperta sanè rectaq; ratione. Cũ. n. resolui vẽditionẽ nihil aliud fit, q̃ ꝑ eo haberi acsi nũquã facta fuisset, dici nõ posset, quo iure emptor fruct⁹ ullos retineret quos nullo iure aut titulo ꝓcepisse existimetur. Solẽt nãq; fruct⁹ tanquã accessiones naturales sequi causã dominij, & cõsequẽter ad vẽditorẽ recurrere eos necesse est ad quẽ dominiũ fũdi vẽditi recurrit ipso iure, & ipsius potestate pacti, in ea venditione adhibiti, quæ sola fructib⁹ ꝓ prædis causã dedit, & dare potuit. At cũ vẽditio facta est sub pacto de retrouẽdẽdo, quãuis retrouẽditio secuta sit, nõ tamẽ fruct⁹ oẽs emptor restituit vẽditori sed sibi retinet saltẽ prorata tẽporis quo vẽditio stetit secũdũ receptiorẽ interpretũ & pragmaticorũ sẽtentiã. Nos. n. oẽs omnino fructus, quos emptor suo iure. i. tãquã dominus ꝓceperit ei relinquẽdos esse, nullaq; ex parte restituendos arbitramur: vt fusiùs disputauimus in *Err.* 2. *Decad.* 10. Et ratio est, quã, vt diximus, retrouẽditio non facit quominùs prior vẽditio facta esse intelligatur, quã ex cõtrario subsistere, & pro facta haberi necesse est

vt retro-

vt retrouenditio vtilis ſequi poſſit. Ex quibus apparet huiuſmodi venditiones factas ſub pacto de retrouẽdendo nihil cõmune habere aut ſimile cũ pacto legis cõmiſſ. aut addict. in diẽ, Dixerim potiùs quod ſuperioris *Dec. c. vl.* iam attigi, ſimiles eas eſſe fiduciis quæ olim cõtrahebãtur p mãcipationẽ ſub ea lege factã, vt ſi intra cõſtitutũ diẽ pecunia debita ſolueretur, remãcipatio fieret p creditorẽ debitori. Ná & ex ea cã trãsferebatur in creditore dominium rei mãcipatæ, nec niſi per cõtrariã mãcipationẽ redibat ad debitorẽ. Hæc tamẽ erat differẽtia ꝙ diſtractis à creditore fiduciis debitor habebat cõtra eũ de ſuperfluo actionẽ, vt Paul. ſcribit *lib. 2 ſent. 13. §. 1.* nõ ſecus acſi pignus cõtractũ fuiſſet, pluriſq; véditũ à creditore q̃ illud eſſet quod debe. etur, *l. elegãter 24. § ſi vẽdiderit D. de pig. act.* Nimirũ quoniã ea cõtractus ſpecies quæ fiducia dicebatur, etſi à cõtractu pignoris differebat, in multis tamẽ ad pignoris naturã & cõditionem ꝓximè accedebat, nec creditorib. vtilior q̃ pignus erat, niſi quod ad fructus vt eos creditor ſuos faceret, nec in ſortẽ imputare cogeretur, itemq; vt poſt diem ſoluendæ pecuniæ dictã ſi diſtrahere fiducià creditor nollet, nulla in eũ debitori actio ſupereſſet, neq; ad remãcipãdũ, neq; ad hyperochã fiduciæ æſtimãdã præſtãdaq;, quippe ꝙ p mancipationẽ creditor iure Quiritũ dñs effectus eſſet, nõ ſecus ac ſi ex ea emptionis tradita rẽ accepiſſet. At qui emit ſub pacto de retrouendendo intra certũ tẽpus, poſt efluxũ id tempus liberã habet eius rei vendendæ poteſtatem, ita vt quãuis multo maiore ꝓtio diſtrahat, nulla tñ ob id actione venditori ſuo teneatur, quia verus emptor eſt, nec fuit vſquã creditor, niſi proponas ſimulatæ emptionis colorem quæſitũ, vt in fraudem legis & legitimarũ vſurarũ fœnus improbũ creditor exerceret. Idq; apud omnes in confeſſo eſt. Ex quo conſtat non ſatis cautè Budæũ in Pandectas ſcripſiſſe, conuentionem de retrouendendo, eam ipſam eſſe omnino, quam veteres fiduciam appellabant.

ERROR SECVNDVS.

De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat.

QVÆ ratio facit vt pura venditio cõtrahi poſſit ſub pacto addictionis in diem aut ſub lege cõmiſſ. cuius poteſtate venditio ipſa ſub cõditione reſoluatur, quoniã, vt in ſuperioribus diximus, põt quiſquis rem ſuã alienat, quã vult legem alienationi dicere, dũ ne implicet contradictionem aut alia ratione impoſſibilis videri debeat. Eadem efficit ſuadetq; ita cõtrahi poſſe venditionem vt ſi venditor pretium quod ab emptore accepit intra certũ diem reddiderit, fundus inemptus fiat, vt in ſingulari ſpecie *l. ſi à te 7. C. de pac. int. empt. & vend.* quæ conuentio differt ſanè à lege commiſſoria, adeóque quod pragmatici non putãt, & ipſi quoq; interpretes ignoraſſe videntur à pacto de retrouendendo. A lege quidem commiſſ. quoniã cõcipitur illa in eũ caſũ quo pretiũ véditioni dictũ ad cõſtituta diẽ ſolutũ ab emptore nõ fuerit, hîc aũt ponimus ſolutũ fuiſſe ab emptore, ſed eidem à venditore reddendũ intra certũ diem. A pacto aũt de retrouendendo, quia p hãc cõuentionem fit, vt fundus venditus ſit ipſo iure inemptus, nec ꝓinde retrouenditione vlla opus ſit, at neq; retrotraditione vt dominiũ rei venditæ quod emptori ex cauſa venditionis ſecutæq; traditionis acquiſitũ fuerat, ad venditorem reuertatur: cũ tñ ſi venditio facta ſit ſub pacto de retrouendendo, non ſolũ venditio ſecunda, ſed etiã retrotraditio neceſſaria ſit ad hoc vt rurſũ dñs

fieri poſſit venditor, qui ſemel dñs eſſe deſiit. Cui nõ eſt cõtrariũ qd nos in ſuperioribus docuimus, cõuentione quæ ad reſoluendum hoc qđ actũ eſt ptineat, fieri nullomodo poſſe, vt qđ ego tibi p̃ſtiti, tu contra mihi p̃ſtare teneaˢris, *ex l. ab empt.* §. 8. *D. de pac.* Aliud. n. eſt id agi vt qđ tibi pręſtiti, tu viciſſim mihi pręſtes, quę res ſanè ad nouas obligationes cõſtituẽdas reſpicit, potiùs q̃ ad reſoluendũ id quod actũ eſt, aliud verò id agi, vt ſi tibi intra certũ tempus reddidero, quod à te acceperã, nihil inter nos actũ eſſe videatur, quoniã hoc caſu non de noua vlla obligatione contrahenda tractatur, ſed quod eſt omnino conſequens, de ea tantùm quæ contracta fuerat, diſſoluenda. Et quãuis vtriuſque conuentionis idem re ipſa effectus eſſe videatur, lõgè tamen diuerſa ratio eſt huius & illius ineundæ: ex quo potiſſimùm conuentiones omnes æſtimandæ ſunt, *l. ſi procuratorem. 8. D. mandat.* Effectus quidem vtriuſque conuentionis in eo idem eſt, quòd venditor rem à ſe venditam, emptor verò pretiũ à ſe ſolutum perinde habet acſi nulla venditio, nulla emptio cõtracta eſſet: ſed tamen alio atq; alio modo, nimirum in ſpecie *d. l. ſi à te*, ſola conuentionis poteſtate, interpoſito aut pacto de retrouendendo, non niſi per mediam retrouenditionem, quam etiam retrotraditio ſequatur. In ſpecie *d. l. ſi à te*, ſi ad dictam diem pretiũ emprori redditũ ſit, aut accipere nolenti oblatũ & obſignatũ (quæ obſignatio ritè facta vim ſolutionis obtinet) in eum ſtatũ reducuntur omnia vt nulla venditio vnquã inita exiſtimetur. In ea verò venditione quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo, ſi pacti executio ſecuta ſit, tãtũ abeſt vt nihil vnquã actũ videatur, vt ex cõtrario duplicis venditionis integra vis & poteſtas eluceſcat. Vnde illud etiã fieri neceſſe eſt, vt in ſpecie *d. l. ſi à te*, fructus oẽs quoſquos emptor ante redditũ ſibi p̃tiũ pceperit, venditori reddere teneatur, ſicut euenire contracta emptione ſub pacto legis cõmiſſ. aut addict. in diem, quia quoties fundus qui fuerat venditus in eã causã deducitur, vt inemptus fiat ex ipſa venditionis lege, dici nõ p̃ot quo iure fructus pceperit emptor, vt ſibi eos retinere poſſit. Poteſtas. n. cõuentionis tollit effectũ venditionis, & quemadmodum emptio nulla p̃ceſſiſſe intelligitur, ita neque ius vllũ pcipiendorũ fructuũ, qui nõ niſi emptionis iure pcipi potuerũt. Deniq; quãuis differat hæc cõuentio, vt diximus, à lege cõmiſſ. & à pacto addict onis in diem, px. mè tñ accedit ad legem cõmiſſ. nõ in eo ſolũ q̃p vtrãq; fundus qui reuera fuit emptus, inemptus cõſtituitur, ſed in illo etiã q̃p reſoluendæ venditionis vtroq; caſu eadem ratio & æquitas eſt, ne emptor & rem venditam ſimul & p̃tium habeat, quod nec bona fides pati poſſet, *l. bona fides* 50. *D. de at. emp.* Quid. n. refert qđ ad hãc rem ptinet an emptor ideò p̃tiũ habeat, q̃p numquam illud ſoluerit, vt ſit in caſu legis cõmiſſ. an ideo potiùs, qđ iã à ſe ſolutũ venditori poſtmodũ ab eodem venditore redditũ acceperit? An nõ. n. vtroq; caſu perinde euenit, vt & rem habeat & pretiũ? Dices fortaſſe, imò verò inter hos caſus q̃ plurimũ intereſſe p̃ſertim quod ad fructuũ causam ſpectat, quia in caſu legis cõmiſſ. emptori p̃ot imputari cur ad dictam diem nõ ſoluerit p̃tiũ, maximè verò traditione ſecuta ex parte venditoris. At in ſpecie *d. l. ſi à te*, nihil eſt quod videatur imputari poſſe emptori, qui & accipiendo rem venditam p̃tiũ eius p̃ſoluit, & cũ accepit p̃tiũ, nõ potuit recuſare quominus legem venditionis venditor exerceret. Proinde ratio iuris & æquitatis ſuadere videretur, vt interim pceptos fructus ſuos faceret,

nec

nec restituere vllos teneretur, saltem ꝑ ea temporis parte, quo venditio cōstitisset, ne dū id agimus ne emptor & rem & pretiū habeat, contrario errore curemus, vt venditor & re & pretio simul fruitus esse videatur. Nec sanè magno æquitatis ptextu caret hæc sententia, quam à pragmaticis omnibus probatam video, & in tribunalibus passim receptam. Et verò si admittas, quod illi volunt tum etiam cùm facta est venditio sub pacto de retrouendendo, secutúmq; pacti implementū fructus vltimi anni (de reliquis .n. nec dubitatio, nec dubitādi causa vlla est) inter emptorem & venditorem ꝑ rata temporis diuidi oportere, multò magis aut saltem æquè facilè admittere illud debeas. Diuidi etiā illo casu debere, quo ptiū à venditore emptori restitutū sit, & factus ex causa inemptus fundus. Nō.n. maiorem hoc casu facias iniuriā venditori cui nos fructus oēs restituendos esse cōtendimus, q̄ illo casu emptori ad quem fructuū omniū cōmodū, quos ante retrouenditionem perceperit, spectare debere suo loco probauimus. Sed tamen si propiùs intueare, iuris ratio nō patitur, vt in ea specie de qua tractamus ea fructuū diuisio admittatur. Implicat.n. cōtradictionem, vt fundus inemptus fiat, & tamen fructus ab emptore percepti emptionis iure retineātur. Quòd si nō emptionis iure, quo igitur alio? Taceo quod imputari potest emptori, cur ita cōtraxerit, nec meliùs sibi prospexerit, ne & fructuū, & vsurarū iactura sentiret. Quāquā nec vlla conuentione fieri posse arbitror, vt fructus emptor lucretur, in eum casum quo fundus inēptus fiat, secūdùm id quod à nobis in superioribus sæpiùs inculcatum est, conuentione fieri non posse ea quę sunt impossibilia, in quorū genere potissimū illa sunt, quæ implicant contradictionem. Nullāne igitur ratione huic iniquitati prospici poterit ne venditor eodem tēpore & re & pretio fruitus esse videatur? Imò verò facilè sibi prospexerit emptor, si velit. Nimirùm adhibita conuentione non de fructibus lucrandis, quod sanè fieri nullomodo potest, sed de pretij vsuris simul cum pretio ipso restituendis, in eum casum quo inemptum fundum facere venditor volet. Nihil enim est, quod hanc impugnet conuentionem, ideóque si omissa ea sit, tantò magis de se conqueri emptor debet, quod cautiùs non sit negotiatus: quódque pecunia sua tantillo tempore carere tanti æstimauerit, vt acquirendæ pleno iure rei venditæ spē sibi compararet. Nemo enim dixerit deberi posse vsuras citra conuentionem ex sola æquitate contractus qui fuerit resolutus. In quo vsurarum causam minùs fauorabilem esse quàm fructuum iam sæpiùs à nobis traditum est, quòd non, sicut fructus, accessiones naturales sint, sed quæ magis ex iure & negotiatione proficiscuntur, *l. si nauis* 62. *D. de rei vindic. l. vsura pecuniæ* 121. *D. de verb. signific.* Neque verò si quis ab alio pecuniam acceperit, eámque per aliquod tempus retinuerit, statim cōsequens est quòd ea vsus fuerit, & ex vsu ac negotiatione commodum senserit. Potuit enim otiosam habere, aut damnosam negotiationem fecisse, aut sibi aduersus imminens damnum prospexisse, potiùs quàm lucrum sensisse, vt proinde nihil causę sit cur eripiendi commodi gratia debeat in vsuras cōdemnari. Aliud enim est fieri quem locupletiorem, aliud non fieri pauperiorem. Scio contracta emptione & quandiu bonæ fidei contractus subsistit, æquitatem iudicij facere vt etiam citra conuentionem, adeóque quod magis est, citra moram debeantur vsuræ pretij ab emptore qui rei venditæ fructus percepit *l. curabit* 5. c. *de action. empt.* & vicissim fructus rei venditæ emptori qui vsuras pretij persoluerit. Sicut è contrario dicimus iniquum

esse vsuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset, *l. liberalitatis* 17. §. 1. *D. de vsur.* Numerum quia in hoc iudicio empti & venditi, non propter moram, sed propter fructus & in eorum quodammodo vicem ac compensationem præstantur vsuræ, & similiter fructus propter vsuras, vtrumque sic ferente natura negotij, quod geritur inter emptorem & venditorem. Sed non inde possis inferre, resoluta ex pacto venditione, inemptóque constituto fundo vsuras pretij soluendas esse emptori, ob id solùm quòd fructus à se perceptos venditori reddere compellatur. Neque enim pares esse possunt præstationes eius venditionis, quæ resoluta est, & eius quæ subsistit: Et in proposito, vt alia fructuum alia vsurarum ratio esse debeat, illud facit quod cùm fructus ab emptore sint percepti, eósque nullo iure perceptos fuisse appareat resoluta demum venditione, nulla fit iniuria emptori si ad eorum restitutionem condemnetur. Fieret autem iniuria venditori si condemnaretur similiter ad præstationem vsurarum, quas nullas percepisset. Denique separanda est præstatio à restitutione: Durior est causa præstationis: fauorabilior restitutionis, quoniam ei qui præstare iubetur, damnum infligitur: ei verò cui restitutionis necessitas irrogatur lucrum duntaxat eripitur, quod retineret, si nihil restituere cogeretur: Nec quod interim venditor qui pretium accepit, pecunia emptoris vsus fuerit, ad rem facit. Nunquam enim propter vsum solum vsuræ debentur, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, sed vel propter moram, *l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo. de vsur.* vel propter aliam rationem quę ex bona fide proficiscatur, vt in *dict. l. curabit.* Textus elegans est apud Papinianum in *l. Lucius* 24. *& l. sequenti.* §. 1. D. *deposit.* Neque tamen ignoro rescriptis Imperatorum Antonini & Seueri factum esse, vt eo quoque casu quo resoluta est venditio ex pacto in ipsa venditione appositio venditi actio competat non solùm ad rem venditam recuperandam, sed etiam ad fructus quos ex ea re emptor perceperit, *l. si fundus* 4. D. *de leg. commiss.* quasi tam facilè possit actio ex vendito competere post resolutam venditionem, atque interdum competit ad ipsam quoque venditionem resoluendam, & distrahendam, *l. ex empto* 11. *§. is qui vina. D. de action. empt.* Sed nõ inde consequens est easdem esse debere præstationes huius actionis ex vendito competentis post resolutam ipso iure venditionem, quæ essent, si adhuc venditionis causa subsisteret: minúsque illud mirum est fructuum eandem constitui rationem, quæ ipsius rei venditæ constituitur, scilicet vt simul cum re ipsa reddantur venditori, cùm sint accessiones naturales quas etiam ex stricto condictionum omnium iudicio reddi oporteret, *l. indebiti* 15. *D. de condict. indeb. l. videamus* 38. §. 1. *D. de vsur.* quàm si illud etiam admitteremus, vt vsuras pretij quod venditori solutum esset simul cum ipso pretio à venditore restitui oporteret. Non. n. sicut fructus, ita & vsuræ accessiones naturales sunt, sed, vt id iam sæpiùs diximus, industriales, & vt quidam loquuntur, negotiales.

ERROR TERTIVS.

De potestate obsignationis factæ ex causa pacti de retrouendendo.

OBSIGNATIONIS quæ ritè rectéque facta sit, id est post oblatam congruo loco & tempore, recusatámque sine causa solutionem, eandem vim & potestatem esse constat, quæ futura esset veræ solutionis, quia licèt non sit vera solutio, tamen solutionis

tionis vicem & locum obtinet, tantumdémque prodeſt non ſolùm ad ſiſtendum curſum vſurarum, *l. acceptam, 19. C. de vſur.* ſed etiam ad pleniſſimam debiti liberationem inducendam, *l. obſignatione 9. C. de ſolut. l. qui mutuam 56. §. 1. D. mandat.* Inde nimirum pragmatici omnes adeóque interpretes noſtri inferunt, ſi quis fundum vendiderit ea lege vt ſi intra certũ diẽ pretium redditũ ſit emptori, eundem fundum retrouendere emptor teneatur, tum venditor ſuo loco & tempore offerat pretij reſtitutionem, nolentéque accipere emptore obſignet, condemnandum eſſe emptorem vt fructus omnes quos ab eo obſignationis tempore percepit, reſtituat tanquam perceptos non ſolùm poſt moram, ſed etiam aduerſus conuentionem, &, quod eſt conſequẽs, contra bonam fidem. Eiúſque ſententiæ argumentum & quidem, vt ipſi putant, fortiſſimum præbet reſcriptum Imperatoris Alexandri in *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. Si fundum*, inquit lex, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue here des eorum emptori pecuniam quandocũque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere cõditioni dicta heres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex venditio tibi dabitur habita ratione eorum, quæ poſt oblatã ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Non eſt enim ex interpretibus qui legem illam non accipiat de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Eúmque errorem nos etiam ſecuti ſumus, cùm ſcripſimus *Decad. 10. Err. 2.* vnicum in toto iure textum eum eſſe, qui ad pactum de retrouendendo pertineat. Etſi autem non meminit lex obſignationis, ſed tantùm oblatæ ſolutionis, ſic tamen ab omnibus accipitur vt oblationem ſecuta fuerit obſignatio: quòd alioqui æquum non fuerit ei fructus reddi qui pretium retinuerit, ſibique habuerit, ne ſic eueniat vt eodem tempore & re ſimul, & pretio fructus quis eſſe videatur. Ego verò ſicuti pragmaticorum ſententiam falſam eſſe arbitror, ita neque ex eo loco probari poſſe cõtendo. Longè namque diuerſa eſt pactio de retrouendendo, ab illa de qua conſultus Imperator fuit, per quam conuenerat vt ſi pretium venditionis quandocunque aut intra certa tempora redditum eſſet emptori, fundus ſimiliter ab emptore reſtitueretur, ſi vera ſunt quæ nos in ſuperioribus De pacto de retrouendendo ſcripſimus, & vt nobis videmur, non malè comprobauimus, contracta ſcilicet venditione ſub pacto de retrouendendo, non aliam huius pacti vim eſſe, quàm vt emptor oblato ſibi pretio retrouendere cogatur, non etiam vt citra retrouenditionem dominium ad venditorem reuertatur. Proinde finge quantum voles oblatam emptori fuiſſe à venditore quantitatem pretij, & recuſante emptore obſignatam. Nihil aliud aſſequeris, niſi vt pretium illud pro ſoluto & reſtituto habeatur, ſed non illud quoque vt & retrouenditio, & quæ etiam neceſſaria eſt retrotraditio ſecuta eſſe exiſtimetur: nam & retrouendere, & retrotradere facti eſt, *l. conſilio 9. §. vltimo. D. de curat. fur.* In quo rerum genere non poteſt interueniens iuris fictio & autoritas facere, vt quod infectum eſt pro facto, non magis quàm vt quod factum eſt, infectum eſſe videatur. *l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior. l. in bello 12. §. facta. D. de captiu. & poſtlim.* Ergo quamuis in mora ſit emptor qui ritè recteque oblatum pretium recuſat, nec vult retrouendere, fructuum tamen condemnationem pati non poteſt, quos ex re ſua, nec à ſe vnquam vendita perceperit. Prius enim eſt ordine iuris & naturæ, vt quis vendiderit, quàm vt ex cauſa venditi fructus vllos præſtare

teneatur. Neque enim veniunt fructus in actione empti, nisi tanquam accessiones rei venditæ, *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt.* Non dico tanquam accessiones dominij (venditor namque etiam post perfectam consensu venditionem quandiu rem non tradidit dominus manet, nec eò minùs tamen fructus præstare cogitur, §. *vendita. Institut. de rer. diuis.*) sed tanquam accessiones venditionis, quia licèt non sint venditi, tamen rem venditam sequuntur, & ex bona fide, vt ex quo die perfecta venditio est, omnia rei venditæ commoda sicut & incommoda ad emptorem transferantur, iudicio empti aduersus venditorem in id comparato. Porrò empti actio non nisi emptori accommodari potest, venditori nunquam. Necesse igitur est eum qui vendidit sub pacto de retrouendendo ex venditore fieri emptorem priusquàm iudicio empti fructus vllos petere possit: nemo autem dixerit, ob id solùm quod emptor sit in mora retrouendendi, pro emptore haberi debere venditorem, vt sequenti capite fusiùs dicemus. Nec quod venditori interdum detur actio ex vendito ad fructus ab emptore consequendos, ad rem nostram facit. Id enim ad eum casum pertinet, quo venditio per pactum in ipsa appositum resoluta sit ipso iure, vt cùm facta est sub lege commissoria, *l. quarta, Digest. de leg. commiss.* aut sub eo pacto quod à lege commissoria non valdè abhorreat, de quo in *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* hoc est, ea lege vt si intra certum tempus pretium à venditore redditum fuerit emptori fundus fiat inemptus. Cui sanè persimilis, nec ferè nisi verborum sono discrepans illa esse videtur, de qua in *d. l. 2. C. eod.* & quam nunc tractamus, cùm conuenit vt si pretium quandocumque aut intra certam diem à venditore restitutum erit, ei vicissim res empta restituatur. Quid enim aliud est rem venditam restitui citra retrouenditionem, quàm haberi eam pro non vendita, pro non empta? Nam si haberetur adhuc pro vendita, non posset sanè pactio efficere vt eius dominium rediret ad venditorem sine traditione, neque verò per traditionem sine retrouenditione præcedenti, *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Sed tamen cauendum hîc diligenter nobis est ne pactionum affinitate & similitudine decipiamur. Multum namque interest etiam quod ad effectum, quibus verbis concepta pactio proponatur. Nam si conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat, quemadmodum in *dict. l si à te*, iam diximus in superioribus impleta conditione pretióque restituto vsque adeò inemptum fieri fundum, vt fructus omnes, quosquos & quotquot emptor perceperit restituere debeat venditori, quasi nullo iure & sine titulo perceptos, sicut eueniret in lege commissoria. Id enim facit vis & potestas illius conuentionis per quam fundus sit inemptus, sibique imputare debet emptor cur ea lege comparauerit, nec sibi meliùs de fructibus prospexerit. At cùm sic inita conuentio est, vt reddito quandocumque vel intra certa tempora pretio fundus venditori restituatur, vt in specie *d. l. 2.* mitiùs agi videtur cum emptore, vt siue legem contractus impleat, & fundum restituat, siue sit in mora restituendi, nihil tamen restituere debeat ex fructibus interim & ante moram perceptis. Id enim apertissimè probant verba illa, *habita ratione eorum quæ post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.* Atqui dicat aliquis, si conuentionis huius potestas illa est vt fundus inemptus fiat, ideóque nec retrouenditio vlla necessaria sit ad reddendum

Digitized by Google

dum venditori dominium, quod ab eo per venditionem abscesserat, an non illud omnino consequens est vt fructus omnes tanquam nullo iure perceptos ab emptore restitui oporteat? Respondeo sic inita expressim conuentione, vt in certum casum fundus inemptus fiat, neque interpretationi neque dubitationi locum vllum relinqui quin fructus omnes restitui debeant resoluta demum venditione, si nihil de fructibus in contrarium conuenerit. Cùm verò pactum est de fundo restituendo duntaxat, id est nulla inempti facta mentione, conuentio quæ non est adeò præcisa commodam recipit interpretationem, & quidem ex bona fide, cùm in bonę fidei contractu adhibita sit. Bona autem fides facilè non solùm admittit, sed etiam suadet, vt qui ex causa emptionis pecunia sua caruit, fructus lucretur quos toto eo tempore ex re vendita percepit, quippe quos non possit videri sine causa percepisse, cùm eos constante adhuc venditione perceperit, & pretio iam soluto. Nec quicquam absurdi est, sic accipi conuentionem vt quod ad fundum ipsum attinet, habeatur ille pro inempto, nec tamen fructus vlli restituantur. Non enim ideò ab emptore retinentur, quasi fundus ratione fructuum non habeatur similiter pro inempto, sed quòd ex bona fide sit vt emptor qui pretium soluit venditori fructus lucretur rei venditæ si verba conuentionis non obstent: quomodo obstant proculdubio cùm expressim conuenit vt fundus sit inemptus. Quid enim possit venditor apertiùs dicere, vt emptor intelligat in eum casum quò resoluta erit venditio imminere sibi restituendorum fructuum omnium necessitatem? Itaque licèt eadem bonæ fidei ratio vrgere videatur, aliud tamen iuris constituimus, quia illud potissimùm & ante omnia ex bona fide est vt conuentioni stetur, si non talis conuentio sit cui bona fides ex diametro repugnet, qualis illa esset si conueniret vt vel emptor vel venditor & rem simul & pretium retineret, *d.l. ex empto §. vlt. l. bona fides 50. eod. tit. De action. empt.* Multa verò sunt quæ si in pactionem deducta sunt, bona fides vult seruari, quæ ipsa tamen ex bona fide præstanda non essent si de iis pactio nulla præcessisset: Alioqui euenire necesse esset vt in contractibus bonæ fidei inutiles viderentur pactiones omnes à contrahentibus adhibitæ, siue de ea re factæ essent, quæ iudicio bonæ fidei tacitè inesset, siue de ea quæ non inesset: quod sanè falsum est & absurdum. Nam & bonæ fidei contractus sicut & cæteri, imò multò magis quàm cæteri legem accipiunt ex conuentione *l. 1. §. si conuenerit. D. de posit.* Etsi verò *restituendi* verbum plenissimam habet significationem, vt & omnem causam & fructus complectatur *l. plus est 22. l. restituere 35. D. de verb. signific.* non tamen adeò præcisè, disertéque fructus exprimit, vt non facilè conuentio eam admittat interpretationem quæ fructuum causam separet à fundo, vt quãuis fundus reuera fiat inemptus, fructus tamen ab emptore retineantur. Quãquam illud quoque dici potest & veriùs, ni fallor, non haberi fundum pro inempto, qui ex pacto restituendus est, cùm restitui eum necesse sit & tetrotradi, licèt non retrouendi, vt possit dominium eius redire ad venditorem: Cui interim nec condictio datur, nec vindicatio, quæ haud dubiè daretur si fundus fieret inemptus ipso iure. Ex quo apparet pactionem hanc de qua in *d.l. 2.* neque legem commissoriam esse, neque legi commissoriæ similem, quomodo similis illa est, de qua in *d.l. si à te.* Quòd si venditio facta sit ea lege vt reddito quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus retrouendatur, tùm verò fructus omnes quos

Digitized by Google

emptor ante retrouenditionem perceperit, licèt poſt moram in retrouendendo contractam, ab emptore retineri poſſe, nullóſque venditori reſtitui debere contendo, quia vt dixi, nulladum venditio eſt ex qua fructus iudicio empti peti poſſint: Prior autem venditio cùm ſubſiſtat, non poteſt parere vēditi actionem in vtilitatem venditoris ad aufferendos emptori fructus, quos ex iuſtæ emptionis cauſa & iure perceperit. An ergo impunè moram faciet, fructúſque poſt moram perceptos omnino emptor lucrabitur, qui retrouendere iure cauſa recuſauit? Minimè verò. Suam enim moram & fruſtrationem ei prodeſſe non oportet *l. hominem 37. D. mandat.* Quid igitur? Actione in perſonam ſiue præſcriptis verbis illa erit, ſiue ex vendito (vtraque enim competit vt & in ſpecie *d. l. 2.*) vrgendus emptor eſt & condemnandus vt retrouendat, & ex eiuſmodi retrouenditionis cauſa rem tradat, ac præterea præſtet venditori quanti eius intereſt retrouenditionem ſuo tempore factam fuiſſe: In quo etiam fructuum poſt moram perceptorum æſtimatio proculdubio continebitur, quos vtique percepiſſet venditor ſi moram paſſus non fuiſſet: At non fructuum iure, ſed eius quod intereſt, cuius nimirum præſtatio & condemnatio facilior eſt quàm fructuum, vt ex eo apparet quòd actio præſcriptis verbis eandem hac parte vim & poteſtatē habere creditur, quàm actio venditi: eque tamen vnquam proditum eſt actionem præſcriptis verbis dari ad fructus perceptos ex re quæ petitur, ſed tantùm ad id quod intereſt aut ad dati repetitionem *l. 1. C. de rer. permut. l. cùm mota 6. C. de tranſact.* Qua ratione moueor etiam vt putem in ſpecie *dict. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* id eſt contracta venditione ſub pacto non de retrouendendo ſed de reſtituendo, ſi emptor moram contrahat in ſatisfaciendo ex parte ſua poſt oblatam à venditore obſignatámque precij quantitatem, condemnari eum debere, non vt fructus quos poſt moram percepit, reſtituat, ſed vt præſtet quanti intereſt venditoris, & conſequenter fructuum poſt moram perceptorum æſtimationem. Nam vt reſtituere debeat fructus quos dominij iure percepit, ratio iuris pati non poteſt, præſertim cùm eius pactionis non tanta ſit vis & poteſtas vt fructuum ante moram perceptorum reſtitutionem inducere vllomodo poſſit, nec rurſus actionis præſcriptis verbis, quam actioni ex vendito ea lex comparat vt ad fructus detur. Quare nec ſic lex loquitur, vt dicat condemnari emptorem debere ad fructuum reſtitutionem, ſed tātùm dandam in eum actionem præſcriptis verbis vel ex vendito vt contractus ſi des ſeruetur, *habita* inquit *ratione fructuum.* Aliud verò eſt deduci fructus in condemnationem, aliud ſic fieri condemnationem, vt fructuum quoque ratio in eo ſcilicet quod intereſt æſtimando habeatur. Quod tamen à pragmaticis & interpretibus æquè ignoratum eſt, ſed non poſſunt hæc quæ nos de fructibus diſputamus benè intelligi quin de illo priùs conſtet, an qui emit ſub pacto de retrouendendo ad id præcisè condemnari & cogi poſſit vt retrouendat, an verò eius quod intereſt præſtatione liberetur. De quo iam videamus.

ERROR QVARTVS.

De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo.

QVAERI ſolet inter noſtros, an venditor qui tradendæ rei facultatem habet, ſi tradere nolit, cogi præcisè poſſit, vt tradat, an eius quod intereſt præſtatione liberetur. Et magis eſſe pu-

tant vt tradere non cogatur, ſed ad id potiùs quod emptoris intereſt ob non traditam rem condemnari debeat ex *l.* 1. *D. de actionem. empt.* Idem diſputant an qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit. Et quamuis alij aliter ſentiant, exiſtimantibus pleriſque ſimiliter condemnari eum debere in id quod intereſt emptoris. Non deſunt tamen qui putent cogendum eſſe vt retrouendat & tradat, quaſi fauorabilior ſit is, qui certat de re quæ aliquando ſua fuit redhibenda & recuperãda, quàm qui rem alienam à ſe nunc primùm emptam perſequitur. Quam ſententiam tuetur Arius Pinellus in commentarijs illis non inelegantibus ad *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* nec iuri tantùm, ſed etiam interpretum traditionibus magis conſentaneam eſſe defendit contra Cagnolum, qui aliter ſcripſerat, ad *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Ego tamen Coniecturarum cap. 17. lib. 6. docui ex ſententiis Iulij Pauli, non liberari venditorem offerentem id omne quod intereſt emptoris, ſi rem ipſam tradere poſſit, nec tradat. Sed de emptore qui retrouendere promiſit, nondum dixi quod nunc probabo, non ad aliud eum teneri niſi vt ob non impletam à ſe contractus legem teneatur, quanti intereſt venditoris. Moueor ex eo quòd non poteſt eadem videri vis & poteſtas pacti de retrouendendo, quæ venditionis, non quòd differre putem retoueditonem à venditione (nihil enim aliud retrouenditio eſt, quàm ſecunda venditio) ſed quia multùm diſtat, an quis vendiderit, an pactus duntaxat ſit de vendendo, quod & Bart. fatetur ad *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Etſi enim venditio non minùs perficitur nudo conſenſu quàm pactum nudum, conſenſum tamen illum & præſentem eſſe oportet, & de negotio ſtatim perficiendo, non de eo in aliud tempus conferendo, id eſt, venditorem neceſſe eſt præſenti tempore vendere, non promittere ſe vẽditurum, emptorem emere non paciſci ſe empturum. Nam etſi vẽditio quoque facta eſſet ſub conditione, quæ ex alterutrius contrahentium voluntate penderet, non poſſet ex ea venditione quãuis conſenſu perfecta in id agi vt conditio impleretur, quia conditionem venditionis impletam eſſe neceſſe eſt, priuſquàm agi ex ea poſſit: neque enim ex conditionali venditione ad hoc ipſum agi poteſt, vt conditio impleatur, *l. cùm ab eo* 41. *D. de contr. empt.* Multò minùs igitur ex promiſſione de vendendo cogi promiſſor poterit, vt præciſè rem vendat & tradat, neque in eam rem ſumi argumentum poteſt ex eo quod nos fatemur, & aduerſus multorum interpretum ſententiã contendimus, eũ qui vendidit rem quam tradere poſſit, ad hoc præcisè obligatum eſſe vt tradat, nec liberari ſi quanti emptoris intereſt præſtare malit. Id enim fit propter bonam fidem quæ non patitur, vt contractu iã perfecto in poteſtate ſit alterutrius contrahentium non implere contractum quẽ implere commodè poſſit. Separo contractum perfectum ab impleto. Perficitur emptio ſolo conſenſu. Sed non impletur niſi ſecuta traditione per quã non ſolùm poſſeſſio ſed etiam dominium rei venditæ, ſi quod penes venditorem fuit aut nunc eſt, in emptorem transferatur, *l. ſi quis alienam* 46. *D. de actionem. empt.* At cùm quis obligatus eſt vt vendat vel retrouẽdat, nõdũ perfecta venditio eſt, at ne quidem inchoata, cur ergo eam implere promiſſor cogatur? An non priùs illud eſt vt venditio contrahatur, & perficiatur, quàm vt impleatur? Siquidem non quemadmodum venditio, ita & promiſſio de vendendo bonæ fidei eſt, cùm neque ſit contractus, ſed pactum nudum ex quo perinde agi nullomodo poteſt, niſi proponas interueniſſe ſtipulationem,

Digitized by Google

quæ ipſa contractus eſt ſtricti iuris & ſtrictiſſimi, ſi quis vſquam alius. Qua interueniente, fateor equidé poſſe agi ex promiſſione de vẽdendo ad hoc vt res vẽdatur, tùm tradatur. Sed nego eius cõuentionis, & actionis vim illâ eſſe poſſe vt cogatur promiſſor rẽ præcisè tradere, quâ nõdũ vẽdid.t, aut vẽdere ſi nolit, cùm vẽditio ſit facti, vt proximo cap. dicebamus ex *l. conſilio 9. §. vlt. D. de curat. furioſ.* nemo autem præcisè cogi vnquâ poſſit ad factũ, quia nõ poſſet id fieri ſine vi & impreſſione quâ ſemper exoſâ habuit legiſlator. Vnde illud iure ciuili cõparatũ eſt, vt in omnibus faciendi obligationibus ſi non fiat id quod promiſſum eſt in locũ facti, ſuccedat obligatio eius quod intereſt, *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* Dices traditionem quoque facti eſſe non minùs quàm venditionem, neque tamen eò minus cogi venditorem præcisè vt rem tradat. Sed iam monuimus aliam & duriorem eſſe cauſam eius qui iam vendidit quàm eſſe debeat illius qui promiſit duntaxat ſe venditurum. Ille enim qui vendidit iam obligatus eſt ex contractu perfecto, eóque bonæ fidei, vt diximus. Hic ex nullo niſi fortaſſis ex ſtipulatione, tum verò quod dicimus obligatum eſſe venditorem præcisè vt rem tradat, non hunc ſenſum habet, vt ſi per contumaciam nolet vnquam tradere, adigendus ſit per vim & meram coactionem ad tradendum, ſed vti ne liberetur præſtatione eius quod reuera intereſt emptoris, debeátque prętereà dolus eius æſtimari non quidem per iuſiurandum in litem, ſed officio iudicis, vt à nobis probatum eſt *d. cap. 17. lib. 6. Coniectur. ex l. ſi traditio 4. C. de act. empt.* nũc. *l. ſi cum fundum 68. §. 1. D. de contr. empt.* quæ tamen doli æſtimatio non poteſt cadere in promiſſionem de vendendo, ſiue pactum nudum, ſiue ſtipulatio interuenerit, quia neutro caſu obligatio vlla eſt, cuius poteſtatem & præſtationem ex bona fide æſtimari oporteat. Sed illa rurſus hîc incurrit hæſitatio, quòd quâuis inter venditionem & retrouenditionem differentia nulla ſit, vt diximus, negari tamen non poteſt quin differat pactum de vendendo à pacto de retrouendendo de quo diſputamus. Pactum namque de vendendo idcirco inutile & inefficax eſt ad cogendum promiſſorem vt vendat & tradat, quod vel nudum id eſſe neceſſe ſit, vel per ſtipulationem initum. Nos autem diſputamus de pacto de retrouendendo in ipſa venditione adhibito, quod cùm non ſit nudum, ſed venditionis iam contractæ cohærentia veſtitum, adeóque contractus pars quædam eſſe exiſtimetur, non poteſt non efficax eſſe ad agendum, & quidem ex bona fide, quia cõtractus cui cohæret, bonæ fidei eſt. Nemo enim dixerit neceſſariam eſſe ſtipulationem, ad hoc vt ex huiuſmodi pacto agi poſſit, niſi fortè ex interuallo initum proponatur: quo caſu videri nõ poteſt ineſſe contractui, *l. iuriſgentium 7. §. quinimo. D. de pact.* Et ſanè videtur hæc potiſſimùm ratio interpretes noſtros decepiſſe. Durum enim videtur adeóque iniquum, venditorem qui nonniſi hac lege rem ſuam venditurus fuerit, priuari commodo ſuæ conuentionis, & pro re ſua pecuniam accipere compelli, quæ noua quodammodo eſſe venditio videretur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Conſtat enim pactiones omnes valere, quas quis adhibet in rei ſuæ alienatione *l. vlt. C. de rer. permut.* adeóque illas quæ alioqui valere non poſſent, quia credendum eſt venditorem non aliter fuiſſe alienaturum, *l. ei fundo 19. D. de ſeruit. l. venditor 13. D. commun. prad.* Sed tamen facilis reſponſio eſt, vtilem quidé eſſe pactionem vt ex ea agi poſſit nulla etiam interueniente ſtipulatione, verum enimuerò non inde ſtatim conſequens fieri vt qui promiſit ſe retrouenditurũ, retrouendere præcisè cõ-

pellatur,

Digitized by Google

pellatur,non magis quàm ſi extra contractũ bonæ fidei per nudá ſtipulationem ita conueniſſet, quia pacti vtilitas illa ſufficit vt ex eo competat actio præſcriptis verbis, aut ex contractu ipſo ad id quod intereſt , quæ alioqui ex pacto nudo competere nulla poſſet : Nec quod in bonæ fidei contractu ea pactio adhibita ſit facere poteſt vt venditio promiſſa pro perfecta haberi debeat,ſed tantùm vt perfici debeat, id ni fiat,emptor qui ad retrouendendum obligatus eſt , in omne id quod venditoris ex ea cauſa intererit,condemnetur. In quo, vt proximo capite diſputauimus , ſanè fructus continebuntur, quia ſi retrouenditio facta eſſet,venditor eos ſuo iure percepiſſet : ſed tamen non ſic ferri ſententia poterit , vt fructus vlli in condemnationem deducantur,ſed ita vt ad id duntaxat quod intereſt fiat condemnatio , in eo ipſo autẽ taxando fructuum quoque ratio habeatur , at non omnium , quemadmodũ ſi conuentionis poteſtate fundus fieret inemptus,ſed eorum tantùm qui poſt moram in retrouendendo contractam percepti fuerint. Mora verò contracta intelligitur , ſi à venditore oblatam congruo loco & tempore quantitatem emptor accipere ſine cauſa recuſauerit,aut,quod effectu idem eſt , diſtulerit. An tamen ad conſtituendum in mora emptorem neceſſaria ſit ex parte venditoris obſignatio,noſtri diſputant,de quo etiam videndum eſt.

ERROR QVINTVS.

De nudæ oblationis,& obſignationis poteſtate.

OBLATIONIS nudæ,id eſt quæ ſolutionem aut obſignationem comitem non habeat , minor vis & poteſtas eſſe ſolet quàm obſignationis.Obſignatio enim ſi modò ritè facta ſit,id eſt,vt iam ſuprà interpretati ſumus poſt oblatam congruo loco & tempore pecuniam,recuſatámq; ſine cauſa ſolutionem, ſolutionis inſtar obtinet : oblatio autem nuda quantumuis congruo loco & tempore facta,numquam habetur pro ſolutione , quia cùm oblatio nudis verbis contenta ſit,ſolutio factum ipſum requirit , id eſt numerationem.Sed tamen non ideò fit vt ſit inutilis oblatio quæ nec ſolutionem comitem habeat, nec obſignationem.Etſi enim ſolutionis loco nunquam eſt , aliquando tamẽ prodeſt,ſiue ad conſtituendum in mora eum cui offertur , ſiue ad impediendam moram ex parte eius,qui offert:nec minoris hac parte effectus eſt quàm obſignatio, adeò vt pignoratitiam quoque actionẽ inducat, *l.ſi rem* 13.*§. vlt. D.de pignor.act.* licẽt pignoratitia eam conditionem habeat ſi pecunia ſoluta erit,aut aliter eo nomine ſatisfactum,*d.l.ſi rem. §. omnis.& paſſ.eod.tit.l.acceptam* 19.*C.de vſur.* Hæc cur tam variè:Quia mora omnis conditionem admixtam habet, nec niſi per conditionem , aut ſi mauis ſub conditione vel contrahitur,vel impeditur. Inducendæ moræ conditio ea eſt ex parte debitoris, ſi oblatam congruo loco & tempore pecuniam creditor ſine cauſa recuſabit. Impediendæ illa,ſi petitam à creditore pecuniam congruo loco & tempore debitor offeret. Ex parte verò creditoris impediendæ moræ conditio hæc eſt , ſi oblatam congruo loco & tempore pecuniam aut ſolutionem accipere paratus erit , inducendæ illa contraria , ſi petitam congruo loco & tempore pecuniam debitor ſine cauſa recuſabit. Porrò nõ recuſat qui offert. Itaque tam ex parte creditoris , quàm ex parte debitoris mora vt inducatur vel impediatur oblationem ſolam requirit,non etiam ſolutionem. Solutio enim cùm ſit inducit pleniſſimam liberationem, tollítque omnem obliga-

tionem,quia nec fieri poteſt à debitore quin accipiatur à creditore, ideóque nihil ſupereſt propter quod de mora tractari aut poſſit,aut oporteat,cùm facta ſolutio fuit.Nec conſequenter ſi obſignatio ſecuta ſit oblationem, quam doquidem,vt diximus,nihil prorſus effectu diſtat ritè facta obſignatio à ſolutione.Sed etſi poneres moræ ſiue inducendæ ſiue impediendæ conditionem illam potiùs eſſe,*ſi pecunia debita ſoluetur* aut *ſi non ſoluetur*,quaſi ad ſolutionem magis quam ad oblationē referatur,efficere tamen nō poſſes quin oblatio ſufficere deberet ad morā aut inducendā aut impediendā : quia cùm iure ciuili ſic comparatū ſit vt condicio quæ ante omnia implenda eſt, pro impleta habeatur quoties per aduerſarium ſtat ne impleri poſſit *l. iure ciuili* 24.*D. condic.& demonſtr.l.iure ciuili* 161.*De regul.iur.* apparet ſolutionē quæ in conditione tantùm poſita ſit pro facta haberi debere quoties per creditorem ſtat ne fiat,cùm ſit hæc condicio ex earum genere quæ inuito aduerſario impleri non poſſint, ſiquidem, vt diximus,fieri nequit ſolutio ex parte debitoris,quin accipiatur ex parte creditoris. Indéque illud eſt quod diximus pignoratitiam naſci in debitoris commodum ſtatim atque pecuniam ritè rectéque obtulit creditori,quamuis necdum ſoluerit nec obſignauerit: neque ſolùm ſi ea oblatio in iudicio facta ſit,vt vulgò creditum eſt, ſed etſi extra iudicium , quia ſolutio quæ ad inducendam pignoratitiam faciendæ eſt, in conditione tantùm eſt,id eſt,eam condicionem habet actio pignoratitia ſi pecunia debita ſoluta erit;proinde haberi eam hac parte pro ſoluta conuenit ſi per creditorem ſtet ne ſoluatur,quòd euenit quoties oblatam ſibi congruo loco & tempore pecuniam accipere ſine cauſa recuſat, *d.l.acceptam* 29.*C.de vſur.*Nec eſt quod quis dicat, imò verò poſſe conditionē hanc impleri per debitorem,inuito etiam creditore, vt inferri poſſit,non igitur haberi eam debere pro impleta , nimirum ſi debitum non modò offeratur, ſed etiam obſignetur,cùm obſignatio, vt dixi, pro vera ſolutione habeatur. Nam reſpondeo,melius quidem & cautiùs facturum debitorem ſi pecuniā oblatam recuſante creditore obſignet,vel ob hoc ipſum ne poſteà quæri oporteat an oblatio ſola ſufficere potuerit,necne : ſed tamen non eſſe cogendum debitorem vt obſignet ad implendum per æquipollens,quod aiunt,cōditionem quam in forma ſpecifica implere paratus ſit.Illud enim ſaltem fatendum eſt ſolutionis faciendæ conditionem in forma ſpecifica impleri non poſſe inuito creditore , id eſt ſi ſolutionem accipere nolit. Nam cùm ſit obſignatio,non impletur conditio ſolutionis in forma ſpecifica, ſed per æquipollens, ſiquidem obſignatio reuera ſolutio non eſt , ſed ſolutionis locum & inſtar obtinet. Ergo illud etiam conſequens eſt,vt quoties per creditorē ſtat ne conditionis faciēdæ ſolutionis impleri poſſit in forma ſpecifica,vt noſtrorum verbis vtar , haberi debeat pro impleta in ea ipſa forma : Quod ſi ita eſt, vt iam habeas eam pro impleta in forma ſpecifica , cur illud præterea requiras vt impleatur per æquipollens ? Neque enim per rerum naturam fieri poteſt vt conditio quæ non niſi vna numero eſt ſæpius impleatur , quia ex quo impleta eſt,deſinit eſſe conditio, multò minùs autem illud etiam induci, vt quæ iam impleta eſt in forma ſpecifica iterum per æquipollens impleatur. Quod enim aliquando euenit vt per æquipollens fieri quid ſufficiat & neceſſe ſit,non aliam ob cauſam fit quàm vt ei faueamus qui aliter,id eſt,in forma ſpecifica idipſum facere nequeat quod facere debet, vt vel lucrū aliquod conſequatur , vel damnum deuitet : non etiam vt melior conditio fiat eius

per

per quem ſtat ne in forma ſpecifica fieri id poſſit, vt eleganter Marcellus tractat in *l. ſi mulier 59. §. ex aſſe D. de iur. dot.* Et verò quis iudex propitiis auribus debeat audire creditorem, qui poſt recuſatam ſine cauſa ſolutionē quā debitor congruo loco & tempore obtulerat, imputare velit debitori cur eā pecuniam non obſignauerit? Imò imputet ſibi prius, cur oblatam non acceperit, cùm recuſandæ ſolutionis iuſtam cauſam nullam haberet. Multum tur refert an ſolutio ſit in ſimplici conditione, an ſit etiam in diſpoſitio-

Cùm in ſimplici conditione eſt, oblatio ſola ſufficit ſine obſignatione, ia conditio habetur pro impleta ex mora & cōtumacia creditoris, & pro impleta quidē in forma, vt diximus ſpecifica, nec proinde neceſſe, at ne quidem poſſibile eſt vt iterum per æquipollens impleatur facta obſignatione. At cùm in diſpoſitione ſolutio eſt, id eſt cùm ſolutio ob id facienda eſt, non vt conditio aliqua impleatur, ſed vt cōtracta obligatio tollatur, oblatio ſola numquam ſufficit, ſed obſignatio præterea requiritur, quia numquam oblatio ſolutio eſt, nec ſolutionis inſtar obtinet, ne tum quidem cùm efficit vt ſolutio pro facta habeatur, quoniam, quod ſummopere notandum eſt, non fit id ex poteſtate oblationis immediatè, ſed ex mora creditoris, licèt mora illa non aliunde quàm ex oblatione debitoris proficiſcatur. Oblatio ritè facta conſtituit creditorem in mora, mora verò creditoris per quam fit ne conditio impleri poſſit per veram ſolutionem, efficit vt conditio habeatur pro impleta, id eſt vt ſolutio verè facta quod ad implementum conditionis exiſtimetur. An etiam vt debitor pro liberato habeatur? Minimè verò. Nihil enim commune habet ius impletæ cooditionis cum iure acquiſitæ liberationis. Implementum ſiquidem conditionis cò tantùm pertinet vt agere poſſit debitor aut cætera facere quæ poſſet ſi impleta conditio eſſet, & quæ alioqui non niſi impleta demum conditione facere poſſet, cùm is vnus conditionis cuiuſlibet effectus ſit vt actum ſuſpendat, & ageri di tanquā ex actu puro poteſtatem præripiat. Ius verò liberationis, non niſi per veram ſolutionem acquiritur, aut per eum modum qui ſolutionis vice eſſe poſſit, vt puta per obſignationem. Huiuſque iuris ratio illa eſt, quia obligationes ſicuti certis tantùm modis iure ciuili contrahuntur, ita nec niſi certis modis in eā rem comparatis diſſoluuntur. Inter quos non eſt mora creditoris, nec oblatio debitoris: At ne quidem obſignatio, cùm non ſit vera ſolutio, niſi iuris arte & fictione inductum eſſet, vt quāuis obſignatio non ſit ſolutio, tamen pro ſolutione habeatur, ne alioqui foret in poteſtate creditoris moroſi & contumacis, facere ne obligationē exuere sēque liberare debitor vnquā poſſet. Inde eſt, quod videas paſſim Iureconſultos quibus locis tractant de mora vel inducenda vel impedienda, nonniſi de oblatione tractare, nec obſignationem requirere niſi cùm diſputant de tollenda prorſus & perimenda obligatione, vt in *l. qui Romæ 122. in princip. & §. Seia in fin. De verb. obligat. l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignor. act. l. acceptam 19. C. de vſur. l. obſignatione 9. C. de ſolut.* Et cùm de vſuris agitur illa proculdubio adhibenda eſt diſtinctio an de iis vſuris quæratur, quæ ex conuentione debentur, an de iis quæ ex mora: vt priorum curſum ſola oblatio non inhibeat ſine obſignatione, quò pertinet *l. debitor 7. D. de vſur.* (quæ nominatim loquitur de debitore vſurario, non aliam ob cauſam quàm vt intelligamus in debitore non vſurario, id eſt qui de vſuris nihil conuenerit aliud iuris eſſe) poſteriorum verò curſum ſiſtat ſola oblatio etiam citra obſignationem, quia & impedit moram ne contrahatur

trahatur,adeóque contractam purgat *l.qui decem 72.in princip. D. de solut.* Quam ob causem mirari sæpe mihi contigit quod ad Marcellum Vlpianus notat in *l.tutor pro pupillo* 28.§.1. *D.de admin.& peric.tutor.* Tutori qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit non sufficere vt obtulerit pecuniam quâ pupillo debet ne vsuras debeat, sed illud præterea requiri,vt deposuerit obsignatam tuto in loco. Longéque verior mihi semper visa est Marcelli sententia qui putabat nõ debere tutoré vsuras præstare ex quo pecuniâ obtulit, quinetiâ iniustius esse eũ per quẽ nõ stetit quominùs cõuentus restitueret tutelâ,ad præstationem vsuratũ non cõpelli: maximéq; vt in *l.seq.*ex eodem Marcello scriptũ est,heredem tutoris: Perniquũ enim est, eum cui fortè post viginti annos vel amplius in mentẽ venit tutelâ reposcere,etiâ vsuras postulare. Vsuræ.n. quæ ex iudicio tutelæ debentur ex quo tẽpore tutor finita iã p pubertatẽ tutela abstinuit se ab administratione non ex conuentione debentur, at ne quidem tam fauore pupilli qui iã desiit impubes esse quàm propter morã. Neque verò video quomodo fieri possit vt pecuniâ obsignet tutor,qui tutelâ nondũ restituit. Nam & de illo Marcellus postremo loco tractauerat iis verbis,*per quem non stetit quominùs conuentus restitueret tutelam.*Nec enim sciri potest ante restitutam tutelam quid & quãtũ ex causa debeatur: nec proinde vlla obsignatio fieri, quæ scilicet non nisi certæ & exploratæ quantitatis esse potest: In quo sanè differt obsignatio à nuda oblatione. Siquidem nihil prohibet oblationem fieri quantitatis incertæ, cùm quis paratum se dicit soluere quicquid debitum esse aliquando apparebit,si non recuset ea facere per quæ tandem apparere possit quid & quantum debeatur. Qui sollennis tutorum & cæterorum id genus administratorum mos est,ne quandiu rationes redditæ non sunt, in mora vlla esse videantur.Itaque,ni fallor,nota illa quæ sub Vlpiani nomine extat in *d.l.tutor.*§.1.Triboniano potiùs quàm Vlpiano tribuenda est: nam est in *l.si reus* 73. *D.de procurat.*video eundem Tribonianum sub Pauli nomine, quẽadmodum docui *lib.*2.*Contect.cap.*16.requirere perabsurdè vt pecunia in æde sacra deponatur, & illud etiam addere,quod magis me mouet, *hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis,*quod tamen,si hanc Vlpiani notam deleas,nullo alio iuris loco scriptum est. Quãquam nec de pupillaribus vsuris Marcellus tractat,sed de iis quæ pro eo tẽpore quo iam finita tutela sit, petantur, quas constat nec pupillares esse,nec tã fauorabiles quàm si essent pupillares, propter eam rationẽ quæ ponitur in *l. seq.* quæ sicut nõ minùs tutori ipsi quàm eius heredi conuenit,ita nec ad pupillares vsuras satis aptè accommodari potest,quæ licèt vigesimo quoque post pubertatem anno petantur,non grauiores tamen petuntur quàm si in pupillari ætate petitæ fuissent, quia eædem ipsæ & pro iisdem annis, id est pro pupillaribus petuntur.Plane quod ad eas vsuras pertinet quas præstare venditori emptor debet ob non solutum precium ex quo die res vendita emptori tradita probatur, constat non aliter earum cursum inhiberi posse, quàm si fuerit precium obsignatum, adeóque quod magis mirum est, licèt venditor etiam incerto herede & successore decesserit,vt à Papiniano responsum est *l.euictis* 18. §.1. *D. de vsur.* Singulari vtique quodem iure: quia tametsi non debeantur ex conuentione, tamen neque ex mora debentur, sed mera iudicij æquitate in vicem & compensationem fructuum ab emptore ex re vedita & tradita perceptorum:Ne aliõquĩ eueniat,vt eodem tempore & rem & pretium emptor habeat, venditor

verò

verò & re & pretio ſimul careat, quod vtrũq; perinde abſurdum eſt, *l. liberalitatis* 17. §. 1. *cod. l. curabit* 5. *C. de action. empt.* Idque omnino conſequens eſt ei diſtinctioni quam nos probamus. Pretium enim quod emptor venditori debet non in conditione eſt, ſed in obligatione. Ideóque non priùs poteſt deſinere deberi quàm ſolutum fuerit aut pro ſoluto habendum, id eſt obſignatum. Porrò quandiu debetur, abſurdum fuerit & iniquum non deberi vſuras ab eo qui fructuum lucrum ſentiat. Idem, meo iudicio, in lege commiſſoria venditioni adiecta tractari poteſt. Nam ſi emptor intra dictam diem pecuniam pretij ſoluere velit ne fundus inemptus fiat, venditor verò aut nolit accipere, aut non adſit vt poſſit, non aliter videri poteſt emptor ſatisfeciſſe conuentioni, & legis commiſſoriæ periculum effugiſſe quàm ſi eã pecuniam non ſolùm obtulerit, ſed etiam obſignauerit, quia per legem commiſſoriam non id agitur tantùm ne mora per emptorem in ſoluendo fiat, ſed vt fundus ſit maneátque emptus, qui alioquin fieret inemptus: imò verò ne qua ſuperſit venditori poſt diem actio venditi ad pretium petendum ſi legem cõmiſſoriã is exercere volet: Ob idque neceſſaria eſt ſolutio aut in vicem ſolutionis obſignatio, nec nuda oblatio ſufficit, *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* quia non poteſt venditi obligatio perimi, quin pretiũ ſit reuera ſolutũ, aut pro re vera ſoluto habendum: quod per nullam oblationem non contingit. Et hæc quidem de oblatione & obſignatione longè aliter quàm à vulgaribus interpretibus & pragmaticis tractari ſolitum ſit ſcripſiſſe ſufficiat. Redeamus iam ad inſtitutam de retrouendendi pacto diſputationem.

ERROR SEXTVS.

Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit.

His ita cõſtitutis quæ de oblationis nudæ & obſignationis poteſtate proximè diſputauimus, apparet iam quid iuris conſtituendum eſſe arbitremur, ſi venditor agens ex pacto de retrouẽdendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. Scilicet, in eo in mùs in mora cõſtitutũ videri emptorẽ, qui retrouendere recuſauit, ſi iuſtã recuſandi cauſam nullã habuit. Cuius morę effectus ille erit, vt etiãſi poſtmodũ tẽpora præterierint, intra quæ retrouẽditio fieri ex pacto debuit, ius venditoris nihilominùs duret vt retrouenditionem quandocunq; vrgere poſſit perinde acſi tempora largirentur. Id enim moræ proprium eſt vt perpetuet obligationẽ in id etiã tẽpus quo res perierit & deſierit poſſe præſtari, nec tantũ in bonæ fidei cõtractibus (nã & hoc quoq; ex bona fide eſt) ſed etiã in ſtrictis. *l. ſi ex legati* 23. *l. ſi ſeruũ* 91. *§. ſequitur. & §. vl. de verb. obl.* In cóque errant ſanè pragmatici noſtri qui venditorem poſt elapſa retrouendendi tẽpora nõ aliter audiendũ eſſe putant, quàm ſi intra dictã diẽ pretiũ vẽditionis nõ modò obtuliſſe, ſed etiã obſignaſſe proponatur. Interpretes noſtros ſecuti, quorũ vulgaris ea ſentẽtia, & receptior eſt. Ego verò moueor quòd hoc caſu ſolutio pretij nõ in obligatione ſit quemadmodũ eſſet ſi retrouẽditionẽ iã contractã poneremus, ſed tantũ in cõditione. Ideo enim pretiũ emptori à venditore offerendũ eſt, vt cogere poſſit emptorem propoſita in eã rẽ actione præſcriptis verbis vel ex vendito ad retrouendendũ qui alioqui rẽ ſibi iã pleno dominij iure quæſitã vendere non magis cogi poſſet, quàm ſi ab alio venditore eã cõparaſſet, aut alio quàm emptionis iu-

re ſibi illá acquiſiuiſſet. Obligatio nãque emptoris ad retrouendendum expreſſam illá conditionẽ habet, quæ etiaſi expreſſa non eſſet, tacitè tamen ineſſet, *ſi preciũ emptori reddetur quod ille ex cauſa vẽditionis iam vẽditori perſoluerit*, vt & in ſpecie *d.l ſi à te 7. & l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* Et quemadmodũ offerri precij ab emptore debet cùm ex empto ille ad rem tradendã, *l.Iulianus 13.§.offerri.D.de act.empt.* ita & multò magis à venditore ad poſtulandã retrouenditionẽ. Plus enim iuris habet emptor iã cõtracta emptione, licèt nondũ ſoluerit precij, quàm venditor nondũ ſecuta retrouẽditione: ac proinde ſi vẽditori cõceditur quandiu precij venditionis ſolutũ non eſt vt quaſi pignus retinere poſſit eã rẽ quã ipſe vendidit, vt ſcriptũ eſt in *d.§. offerri*, quantò magis concedendũ erit emptori vt eã rẽ quã cõparauit, & cuius precij iã perſoluit non tanquã pignoris iure, ſed quaſi ſuã retineat quãdiu precij reſtitutio nõ offertur per venditorẽ? Eodẽ igitur exemplo dicendũ eſt, quemadmodũ emptor agere ex empto poteſt ad rẽ tradendã ſtatim atque precij venditori obtulit, quãuis necdũ ſoluerit nec obſignauerit (ſolã enim oblationẽ nõ etiã obſignationẽ Vlpianus requirit in *d.§.offerri*) ita & ſufficere venditori ad adigendũ emptorẽ vt retrouendat quod venditionis precij emptori obtulerit cõgruo loco & tẽpore, licèt obſignatio nulla facta ſit. Neque enim contracta venditione ſub pacto de retrouendendo, venditor vllomodo obligatus eſt vt precij reddat emptori quod ſuo iure habet, iuſtaq; ex cauſa propter venditã à ſe traditã rem quę nunc ſit penes emptorẽ: ſed ea precij ſolutio quæ dicẽda potiùs reſtitutio eſt, in cõditione tantũ, vt diximus, poſita videri debet, vt emptor intelligatur obligatus retrouendere ſub ea conditione ſi intra conſtituta tẽpora precium reſtituetur. In quo genere conditionalium obligationũ, ſiue ex cauſa emptionis, ſiue ex alia qualibet ita ius cõparatum eſt, vt ſicuti antè impletã conditionẽ agi nullomodo poteſt, *l.cedere diẽ 213.de verb.ſignif.cum ſimilib.* Ita conditio pro impleta habeatur ſtatim atque per aduerſarium ſtetit aut factũ eſt, quominus verè, & vt oportuit, impleta ſit, ne alioqui in poteſtate fuerit eius qui ſub conditione obligatus eſt ne vnquam ex obligatione ſua conueniri poſſit? quod non magis fieri queat quàm vt in merã eius voluntatẽ obligationis contrahendæ ius conferatur, *l.ſub hac conditione 8.D.de oblig.& actiõn.* Plus dico, non eam duntaxat oblationem quæ ob id nuda dicatur, quod neque ſolutionem neque obſignationẽ comitem habeat, ſed illam etiã quæ adeò nuda ſit, vt ne quidem exhibeat pecuniã ſufficere poſſe venditori ad conſtituendum in mora emptorem, ſi nihil ille ad verbalem huiuſmodi oblationem reſpondeat, ac multò magis ſi oblationẽ prorſus reiiciat, negẽtque retrouendere ſe velle aut debere. Id enim omnino præſtare ſemper debet is cui offertur, ſiue emptor ille ſit, ſiue alius quilibet vt appareat per eum non ſtare quominùs ſtatum ſoluatur, id quod cùm ſolui debeat, tamen offertur duntaxat. Hoc ipſum verò facillimè nullóque negotio aſſequetur ſi ad verbalẽ illam oblationẽ reſpondeat paratum ſe eſſe id accipere quod verbotenus offertur ſi re ipſa offeratur. Sic enim fiet vt oblatio non niſi verbis facta, verbis quoque eludatur. Alioqui ſi appareat per emptorem ſtetiſſe quominùs pecuniam acciperet, nihil omnino eſt quod venditori poſſit imputari, tametſi reuera nihil, ſi modò quantũ debuit, verbo, obtulerit. Qua enim frõte velit emptor imputare venditori, cur pecuniam precij non numeraueris, quã etiãſi non ſolùm numerata, ſed etiã obſignata eſſet, accipere ipſe noluiſſet? Ne-

set? Neque tamen hoc ita accipi volo, vt oblatio hæc nuda, siue verbo tantũ, siue re ipsa facta sit, quæ potest efficere, vt conditio sub qua emptor obligatus fuit ad retrouendendum, pro impleta habeatur, faciat etiam retrouenditionem, id est, vt perinde omnia obseruentur, acsi retrouenditio facta esset. Id enim iam non ad conditionis duntaxat, sed ad ipsius quoque obligationis substantiam pertinet, de qua tamen quoties tractatur, iam diximus nunquam oblationem solam quantumlibet realem facere posse vt solutum videatur id quod non nisi oblatum fuit. Nam ex quo effectum est per congruam pretij oblationem ex parte venditoris, vt emptoris obligatio quæ primũ conditionalis tantùm fuerat pura fiat, & inueniatur emptor purè obligatus ad retrouendendum, incipit venditor, non quidem obligatus, sed obligandus esse ad soluendũ pretium emptori quandocunque retrouendenti & eo demùm tempore obligabitur quo emptor retrouendet. Eáque obligatio non nascitur ante factam oblationem, imò nec ante retrouenditionem, quia prius est contractá esse venditioné, quàm vt de pretio soluendo aut debito quæri possit, ita neque potest sublata videri per oblationé præcedentẽ. At neque per obligationé, si qua facta proponeretur, quoniam neque rerũ natura, neque iuris ratio patitur vt solutione, aut quo alio modo tollatur obligatio quæ nondum est nata. Nec rursus possis dicere, hanc retrouenditionem pro facta haberi debere in odium emptoris per quem stat quominus fiat. In eo namque dispar ratio est conditionis & conuentionis. Conditio nihil est quia nihil nisi priuatio est, aut si quid est, impedimentũ duntaxat est ad faciendum ne obligatio pura dici possit. Ideoque facilè & ex summa non tantùm æquitatis, sed etiam iuris ratione ita comparatum est vt habeatur pro impleta quod ad eum per quem stat quominùs impleatur. At conuentio facti est, & ponit in re aliquid quod anteà non fuit, siue consensu, siue re perficiatur. Non potest igitur iuris fictio facere vt conuentio quæ nulla intercessit, intercessisse aliqua intelligatur. Solúsque Iustinianus nedum primus ausus est has fingere chimæras, inuita etiam iurisprudentia, vt prodese tacita credatur interposita stipulatio quæ reuera interposita nulla fuit, *l. nunc. C. de rei vxor. action.* Potrò iam diximus in superioribus aliam esse conuentionem de vendendo, aliam verò eam per quam venditio contrahatur. Proinde quamuis in priore venditione pactum adhibitũ sit de retrouendendo, & per solũ emptorem stet ne retrouendat, non possis tamen assequi vt retrouenditio ob eam causam pro facta haberi debeat, quam factam esse necesse est vt empti & venditi obligationes nascantur. Obligationes enim ex conuentionibus & contractibus nascuntur, sicut ex ipsis obligationibus actiones. Cui consequens est, quod nos iam suprà monuimus, & probauimus, aduersus emptorem qui in retrouendendi mora est, non posse hic ferri sententiam, vt ad fructuum restitutionem quasi ex iudicio empti condemnetur. Quodnam enim iudicium empti esse potest ob retrouenditionem quæ nec secuta sit reuera, nec pro secuta factáque habeatur? Aut quo iure fructus peti possunt per venditorem quos emptor exre sua dominique titulo perceperit? An ergo impunita erit mora & contumacia emptoris, qui contractus fidem implere nolit? Si verò ita est, quem effectum habebit hoc quod dicimus oblationem venditoris facere vt conditio sub qua obligatus erat emptor vt retrouenderet pro impleta habeatur? an illum duntaxat vt agere venditor possit ad retrouendendum personali

actione ex contractu, per quam tamen nequeat consequi restitutionem fructuum, quos si retrouenditio ex bona fide facta esset vtique percepisset? Secundùm quam sententiam euenit proculdubio vt emptori frustatio sua prosit, quod cùm in actione quoque ex stipulatu non sit admittendum si Africano credimus in *l. hominem* 37. *D. mandat.* multò minùs ferendum est si ex bonæ fidei cõtractu agatur, vt putà ex véditione, aut quod hac parte idem est, ex pacto quod in ipsa venditione adhibitum fuerit, aut incõtinenti post contractam venditionem. Respondeo posse vtraque ex parte rationi iuris commodè satisfieri, vt neque condemnetur emptor ad fructus quasi facta retrouenditione quæ nulla facta est, neque tamen fructus lucretur quos post moram perceperit, quosque hodie non haberet si ex bona fide rem gessisset, sic nimirum facienda condemnatione vt id omne quod venditoris interierit impletam esse contractus fidem præstare emptor teneatur, in quo taxando fructuum quoque omnium post moram perceptorum ratio habeatur. Nec enim negari potest tanti interesse venditoris, qui si moram passus non fuisset, eos fructus vtique percepisset. Ita fit vt fructus consequatur venditor acti retrouenditio, nec tamen retrotraditio facta esset. At non tãquam fructus vt eueniret facta retrouenditione, sed tanquam id quod interest. Cuius quàm diuersa ratio sit à fructibus ex eo constat, quòd tantundem consecuturus sit venditor si præscriptis verbis agere malit, quàm ex vendito, *d. l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm tamen actio præscriptis verbis nunquam ad fructus detur, sed tantùm ad id quod interest actoris. Sed hîc rursus illa occurrit iniquitas, quòd cùm de eo venditore loquamur, qui venditionis pretium obtulit duntaxat, siue re ipsa, siue non nisi verbo tenus, nec etiam obsignauit, ita fiet vt venditor fructus consequatur effectu ipso, neque tamen eo minùs pretium totum penes se habuerit, & quidem impunè. An enim condemnabimus eum vicissim vt vsuras præstet emptori? Atqui iam diximus nullam venditi obligationem, aut actionem esse quasi ex retrouenditione, antequàm retrouenditio vlla facta sit, vsuræ porrò pretij non nisi venditori, & actione venditi deberi possunt, quia nec pretium extra causam venditionis vllum esse intelligitur. Non enim omnis pecunia quæ pro re datur pretium est, sed ea sola quæ datur ex causa venditionis. Verùm responderi etiam nec incommmodè potest, venditorem quidem condemnari non posse ad vsuras eius pecuniæ quam pro retrouenditione soluturus fuit, si retrouenditio facta esset, sed tamen in æstimando eo quod ipsius interest impletam fuisse contractus fidem, non pluris credendum interesse ipsius ratione fructuum ab emptore perceptorum, quàm quanti fructus illi sint deductis vsuris quincuncibus, quas ab eo præstari oporteret, si fructus integros iudicio empti consequeretur: Vt quemadmodum effectu ipso fructuum emolumentum venditori acquiritur cui ex pacto retrouendi res debuit, ita vsurarum incommodo venditor perinde grauetur acti eas præstaret, quamuis nullas præstet. Denique vt neque emptoris neque venditoris melior conditio sit aut deterior quàm si retrouenditio secuta esset: quo casu nemo dubitaret quin vsurarum habenda ratio esset, tametsi oblatum pretium si modò non obsignatum fuisset, tum etiam cùm defunctus esset venditor incerto successore, cui proinde offerri nullomodo potuisset vt Papinianus respondit in *l. cuicta* 18. §. 1. *D. de vsur.* Nec quisquam dixerit, iuxta hanc sententiam futurum vt nullum ex

mora

mora ſua emptor damnum ſentiat, ſi in æſtimandis fructibus quorum ratio habetur in taxando eo quod intereſt, vſuratum quoque quantitas deducatur. Nã cùm vix vnquã accedat, vt iuſto pretio vendatur qui ſub pacto de retrouendendo, propter onus illud retrouendẽdi, quod partem pretij, vt diximus, cõſtituit, illud etiã euenire neceſſe eſt vt pluris ſint fructus ab emptore percepti, quàm ſint vſuræ quincunces ad quarum vſque modũ diminuitur æſtimatio eius quod intereſt venditoris. Itaque vt concludamus, cautiùs & conſultiùs faciet venditor ſi pecuniam retrouenditioni extorquendæ neceſſariam non ſolùm offerat, ſed etiam obſignet. Nõ vt in mora conſtituat emptorem, aut vt eum obliget ad retrouendendum, præſtandúmve quanti eo nomine ſua intererit (quam in rem ſanè oblatio ſola ſufficere poteſt) nec rurſum vt retrouenditio pro facta habeatur, fructuúmque condemnatio inducatur (quod ne quidem per obſignationem fieri poteſt) ſed vt ex condemnatione eius quod ſua intererit, maius emolumentũm conſequatur, poſitque dicere pluris ſua intereſſe quòd non re tantùm vendita, ſed etiam pecunia caruerit, quam emptori vt retrouenderet præſtare paratus fuit.

ERROR SEPTIMVS.

De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo.

NON erit difficile ex ſuperioribus intelligere quàm falſum & ineptum ſit, quod interpretes & pragmatici omnes, vt video & audio, paſſim iactitant, Rem quæ vendita eſt ſub pacto de retrouendendo non priùs irreuocabiliter emptori acquiſitam intelligi, quàm tempus præterierit intra quod retrouenditio peti poſſit. Nam ſi verum eſt quod nos probauimus, Eum qui obligatus eſt ad retrouendendum non cogi præcisè vt retrouendat, ſed liberari præſtatione eius quod intereſt habita ratione fructuũ poſt morã perceptorum, *arg. l. 2. C. de pact. inter. empt. & vend.* iũct. *l. 1. D. de act. empt. l. ſi traditio 4. C. eod.* nõ poteſt pactum de retrouendendo facere vt eò minùs dominium rei venditæ & traditæ acquiratur irreuocabiliter emptori ex cauſa iuſtæ, perfectæ, impletæque venditionis. Quid enim cum dominio cõmune habet actio perſonalis de eo quod intereſt venditoris, ſiue ex vendito illa ſit ſiue præſcriptis verbis? Illud ſiquidem certiſſimi iuris eſt, in actionibus perſonalibus nõ de iure dominij, ſed de perſonali tantùm obligatione diſputari, neque verò pertinere illas ad cauſam repetẽdi dominij præterquàm ſi cõdictione agatur. Sed etſi admitterẽ, præcisè ad hoc obligatum eſſe emptorem vt retrouendat, nec audiri debeat, ſi malit præſtare quanti intereſt venditoris, nihilomagis tamen faterer irreuocabilem nõ fuiſſe dominij acquiſitionem quæ ex cauſa venditionis in perſona emptoris ſemel cõſtiterit. Semper enim illud verum eſſet, neceſſariã eſſe retrouenditionem ad dominium in venditorem transferendum, & cũ retrouenditione etiam retrotraditionem, vt omnes fatentur, ideóque noua alienatio eſt quæ fit ab emptore in venditorem, & cõſequenter, licèt dominium ſit eiuſdem rei quod per retrotraditionem transfertur, aliud tamen dominium eſt quàm quod priùs tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, ſicut & in iis condictionibus euenit, per quas repetimus dominium eius rei quæ aliquando noſtra fuit, vt non illud ipſum dominium repetamus quod antea fuit noſtrum, quemadmodum vindicãtibus cõtingeret, ſed illud quod nunc ſit poſſeſſoris, *l. videamus 38. §. ſi actionẽ. D. de vſur.* Id enim eſt, quod di-

ci ſolet neminem cõdicere rem ſuã niſi à fure, *l. vlt. D. de vſufr. quemad. caueat. §. ſic itaque. Inſtit. de action.* At verò ſi admittas quod negare nõ poſſis, aliud eſſe dominium quod per retrouenditionem ſecuta etiã retrotraditione redit ab emptore ad venditorem, quàm quod per primam venditionem tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, illud ſtatim cõſequens fiet, fuiſſe reẽ illã ex prima venditione irreuocabiliter acquiſitam emptori. Alioqui noua alienatione opus non eſſet, vt nec opus eſt cũ per legem cõmiſſoriam fundus ſit inemptus, aut per eã conuentionẽ cõmiſſoriæ legi ſimilẽ, de qua in *l. ſi à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* quo demum caſu ſanè dici poteſt non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitũ dominũ emptori, qui ſola conuentionis poteſtate ex emptore ſit, non emptor: ita vt nõ tã redeat dominiũ ab emptore ad venditorẽ, quàm perpetuò mãſiſſe intelligatur penes venditorẽ, vt probãt verba illa *d. l. ſi à te, Vt iure dominij eandem rem retineat.* Innuũt enim nõ antè videri in illa ſpecie dominiũ rei venditæ acquiſitũ emptori quã defierit fundus venditus fieri poſſe inemptus: quod tunc euenit cũ elapſa ſunt tempora intra quæ poterat venditionis pretiũ reddi, vt fundus inemptus conſtitueretur ex lege venditioni dicta. Et ſanè aliud eſt irreuocabiliter quæſitũ eſſe dominiũ, aliud inalienabiliter. Irreuocabiliter transfertur dominiũ rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ſed non inalienabiliter, quia in eo eſt res vendita vt alienari quandoque poſſit & debeat in eũ ipſum venditorem à quo priùs fuerat alienata, aut in eius heredẽ. Quemadmodũ & longè aliud eſt reuocari dominiũ rei vẽditæ, aliud recuperari. Reuocationis effectus ille eſt vt nunquã tranſlatũ eſſe videatur. Recuperationis contrà ille, vt eius aliquando fuerit à quo venditor recuperat, qui nec alioquin recuperare ab eo poſſet. Atque hoc nimirũ eſt in quo pragmatici omnes & interpretes falluntur, putantes non videri alienatũ irreuocabiliter dominiũ, quod redire aliquando ad venditorẽ poſſit, licèt rediturũ ſit ex noua cauſa poſterioris venditionis. Quod ſi rectè diceretur, fatendũ eſſet nullã vnquã irreuocabilẽ futurã eſſe dominij acquiſitionẽ, nec ſi facta eſſet venditio nullo ſubiecto pacto de retrouendendo. An non enim perinde fieri poſſet vt eadẽ res ab emptore rurſum eidẽ ipſi venditori venderetur? Aut quid eſt quod ita alienari queat, vt hoc ipſo fiat inalienabile? Niſi proponas talẽ fortaſſe emptorẽ, cui bonorũ ſuorũ alienatio interdicta ſit, puta pupillũ, aut eccleſiã, aut vniuerſitatẽ. Atqui, inquies, multũ intereſt an ſecunda hæc venditio fiat ex mera & ſpontanea emptoris voluntate, an ex neceſſitate præcedentis cõuentionis: quia cùm habet dependentiã, vt noſtri loquuntur, à prima venditione ferè eſt vt noluerit primus venditor cũ vendidit abiicere ſpẽ rei ſuæ quandoque reuocandæ, nec proinde irreuocabiliter eã alienare. Imò, in quã, nihil prorſus hac parte intereſt, cũ de irreuocabili acquiſitione dominij diſputatur: quia ęquè vtroque caſu ſpontanea retrouenditio eſt, quã emptor facere ſi nollet non cogeretur, id eſt ſi mallet præſtare quanti venditoris ſui intereſſet, quæ res eximeret eũ ab obligatione, nec tamen dominiũ ei aufferret. Illa ergo dominij tranſlatio licèt cũ fit, fiat ex neceſſitate præcedentis obligationis, pro ſpõtanea tamen haberi debet, quia in poteſtate emptoris eſt vt non retrouendat, quãuis non itẽ vt non ſit obligatus ad præſtandũ quanti venditoris intereſt ob non factã retrouenditionẽ. Ex eóque apparet clariùs, quàm verũ ſit quod nos toties ſuprà inculcauimus, multũ referre, quibus verbis cõcepta ſit pactio venditioni adhibita, an per formulã legis cõmiſſoriæ, an per eam quæ ſit ſimilis legi cõmiſſoriæ, de qua in *d. l. ſi à te* (per vtrãque enim fit res

inempta ipſo iure)an per ea verba quæ extant in *dict. l. 2. eod. tit. de pact. int. empt.& vend.* an denique conuenerit de retrouendendo. Alia náque & alia omniũ harũ conuentionũ poteſtas eſt, ſed nulla emptori fauorabilior ad dominiũ retinendũ,quàm quę obligat eũ vt retrouendere teneatur. Hoc enim caſu non aliter dominũ reuertitur ad venditorẽ,quàm &conuentionẽ ſecuta ſit retrouenditio,& traditio quoque retrouenditionẽ, cùm tamen aliis caſibus ſufficere poſſit vel impletã eſſe conditionẽ, quæ fundum ipſo iure inemptũ fecerit, vel reſtitutũ eſſe fundũ emptori nulla intercedente retrouenditione,ita ſcilicet ferente conuentionis natura & poteſtate, quæ ex ineundi modo ſemper æſtimanda,& metienda eſt *l.ſi procuratorem.8. D. mãdat. l.naturalis 5 §.1.& paſſ. de præſcr.verb.* Quod tamen pragmatici noſtri non obſeruant. Sic enim totã rem hanc tractant quaſi nihil penitus interſit an quis vẽdat fundũ ſub pacto de retrouendendo, an ita vt fundus ſit venditus niſi pretiũ intra certũ tempus reſtituetur. Cùm tamen inter has conuentiones differentia euidens illa ſit, quòd hoc poſteriore caſu pretio intra præfixum tempus reſtituto, fundus ſic inemptus conſtituitur vt nunquã venditus dici poſſit,impleta nimirũ conditione ſub qua conuenerat ne venditus videretur, *l. 2. D. de in diẽ addic.* vbi Vlp. ſcribit in ſpecie non diſſimili conditionalem factã intelligiuen litionẽ,quæ ſicut ante impletã conditionem nulla eſſe creditur,ita nec habilis eſſe poteſt ad dominium interim trãsferendum. At priore caſu, id eſt inita venditione ſub pacto de retrouendendo pura venditio eſt, & quidem adeò pura vt non ſolũ non contrahatur ſub cõditione, ſed nec reſoluatur,quoniã vt iam alibi diximus,retrouẽditio ſecuta licèt ex neceſſitate pacti de non petendo non prioris venditionis reſolutio eſt, ſed noua venditio,quæ tantum abeſt vt priorẽ deſtruat,vt nec aliter valere,effectúmq habere poſſit,quã ſi priorẽ ſubſiſtere & valere patiatur.Quomodo enim retrouendere atq;ita dominiũ transferre poſſet is, qui prior dominus factus non eſſet? *l.ab emptione* 58. vbi eſt textus elegans, *D. de pact.* Verum igitur eſt quod nos volumus emptorem qui pactus eſt de retrouendendo non eo minùs dominiũ irreuocabiliter acquiſiuiſſe intelligi, ſed tantũ perſonali obligatione teneri ad retrouendendũ, & quidẽ ſub conditione ſi vẽditor intra conſtitutũ tẽpus reſtituet pretiũ venditionis. Proinde ſi venditor ex parte ſua cõditionẽ illã non impleuerit,nihil aliud iuris acquiritur emptori,quã vt deſinat eſſe vllo modo obligatus, quia & deſinit poſſe impleri vnquã cõditio ſub qua fuerat obligatus, cũ venditor qui intra certã dictámq; diẽ pretium reddere aut ſaltẽ offerre debuit,ſi poſt diẽ offerre velit nõ ſit audiendus. Nam nec fauore libertatis ea moræ purgatio aduerſus diei lapſum admitteretur. *l. Thais* 41. §. *intra certa tẽpora.* D. *de fideic. lib.* Cęterùm quod ad dominij cauſam pertinet, neq; magis dominus fieri poteſt emptor qui iã ex cauſa vẽditionis factus erat per traditionẽ verus dominus, quia quod meũ eſt magis meum fieri non poteſt,vt habet iuris regula,neque irreuocabilem dominij acquiſitionẽ nanciſci, qui iam ſic dominium nactus fuerat, vt ab inuito eo neque ipſo iure & ſola conuentionis poteſtate, neque per extorquendam retrouenditionem auocari vnquam potuiſſet. Textus eſt pro ſententia noſtra valdè accõmodatus in *l. non ideo minus* 66. *D. de rei vendic.* Quantùm verò illud etiam interſit,an ex venditione facta ſub pacto de retrouendendo intelligatur dominiũ emptori acquiſitum reuocabiliter, an irreuocabiliter, & quos effectus ea diſtinctio pariat,ex ſequentibus apparebit.

ERROR OCTAVVS.

Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij.

TAm frequens hodie quæſtio hæc eſt in tribunalibus, quã frequenter vſuuenire cernimus, vt ij quibus hereditates, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato deferuntur, non niſi cum beneficio legis & inuentarij heredes eſſe velint. E illo autem quæſtio eſſe ſolet, an ſi is qui emerat ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante factã retrouenditionem, nec heredem reliquerit niſi cum beneficio legis, & inuentarij, poſſit venditor propria & ſeparata actione cõtra heredem agere vt retrouendat, an verò cum cæteris creditoribus hereditariis remittendus ſit ad inſtantiam generalis, vt vocant, bonorum diſcuſſionis. Quæſtionem in eo plerique eſſe putant, vtrum ex conuentione illa iuſta & legitima de retrouendendo detur actio contra emptorem eiúſve heredem in id præcisè vt res retrouendatur, an in id potiùs quod venditoris intereſt contractus fidem impleri ſi per emptorem ſtet quominùs impleatur. Nam ſi quis admittat hanc actionem in id præcisè dare, vt retrouenditio fiat, conſequens ſanè videtur vt ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remitti venditorem non oporteat: quoniam in ea inſtantia non niſi de creditorum iuribus & ordine diſputatur, & hactenus quidem vt tractetur de bonis defuncti autoritate iudicis poſſidendis, vel venundandis, in propoſito autem nec poſſideri nec venundari venditor vult eam rem quam intendat ſibi reſtitui oportere, precio à ſe viciſſim reſtituto, ex quo tanquam hereditario & in ipſius rei locum ſubſtituto creditoribus ſatisfieri poſſit. Idem enim iuris fore fatentur omnes, ſi qua aduerſus heredem cum beneficio legis & inuentarij proponenda eſſet vindicatio, ſiue dominij, ſiue poſſeſſionis, neque actor eo caſu de iure ſuo cum cæteris creditoribus in generali diſcuſſionis inſtantia cõtendere cogeretur. Nec dixerit quiſpiã parum intereſſe actoris an ad hanc aut ad illam inſtantiam remittatur. Nemo enim neſcit quãtas, quámque inexplicabiles moras ſecum trahere ſoleat diſcuſſio hereditatis, quámq; lõgè expeditius actor fuerit cum aduerſario vnico, id eſt cum herede quàm cũ tot creditoribus litigare. Nõ quòd ſi liti intereſſe cæteri creditores velint, prohibendi ſint ne fortè inter actorem & heredem in cæterorũ necẽ colludatur, tátóq; pauperior fiat hereditas quæ iã ſuſpecta ſit, ſed vt ſi cũ herede ſolo actũ ſit, & cõtra eum pronunciatũ, nõ poſſint cæteri creditores authoritatem rei iudicatæ eludere hoc vno prætextu quòd ipſis inauditis de retrouendendi iure cognitum fuerit. Sufficit enim litem cum legitimo contradictore & inſtitutã & peractã eſſe, legitimus porrò cõtradictor aduerſus venditorem alius eſſe nõ poteſt quàm emptor aut qui in emptoris iura omnia ſucceſſerit, id eſt heres eius, nõ etiã reliqui creditores, niſi cùm venditoris eadem conditio eſt quæ cæterorum creditorum, vt de omnium ſimul iure & ordine in eadem diſcuſſionis inſtãtia diſceptetur. Pragmaticorum autem ſentẽtia eſt, eáq; in iudicãdo & cõſulendo etiã apud peritiores receptiſſima, nõ eſſe cogendum venditorem vt in diſcuſſionis inſtãtia poſtulet retrouenditionem: ſed poſſe illum ſi malit ſeparato in hãc rem iudicio heredẽ vrgere, vt retrouendat. Mouentur ex eo quod nõ dubitãt, quin ex pacto de retrouendendo cõpetat actio venditori nõ ſolùm perſonalis ad hoc præcisè vt emptoris he-

res

res qualiſcunq; ille ſit retrouendere teneatur, ſed etiá in ré & vindicato ſaltē vtilis ex ea Pauli Caſtr. traditione quá vulgo interpretes probare ſolēt, *ad l. ſi cũ vēderet D. de pig. act.* Ego verò auſim dicere nō minùs falſam eſſe pragmaticorū ſententiā, quàm falſa & abſurda ratio illa eſt qua mouētur. Ac de Caſtrenſis quidē opinione quib. rationibus nobis nō probetur, ſequēti cap. dicemus: Sed quod ad propoſitam quæſtionem attinet dico ſuperioribus cōſequens eſſe vt priuilegium inter creditores hac parte nullum habere debeat, qui agit ex pacto de retrouendendo. Si enim non niſi perſonalem actionem habet, eámque non ad id præcisè vt res retrouendatur, ſed ad id tantùm vt vel contractus fides impleatur, vel ob eam non impletam id quod intereſt præſtetur, cur habeat ille plus iuris, quàm ſi ad id duntaxat quod ſua intereſſet præciſam haberet actionem? Sed etſi venditori actio competeret ex pacto præcisè ad retrouendendum, cùm tamen non niſi perſonalis quoque actio illa futura eſſet, cur aliam venditoris huius rationem conſtituamus, quàm cæterorum creditorum perſonalem duntaxat actionem habentium? Poſſet fortaſſe huius creditoris fauor aliquis in eo eſſe quòd eam rem repoſceret, quæ aliquando fuiſſet ſua, quámque non aliter fuerat venditurus quàm ſibi retrouenditum illam iri ſperaſſet. Poſſētque rurſum fauor ille inducere priuilegium prælationis, vt in ea ſaltem re venditor hic cæteris creditoribus præferretur. Sed vtut ita eſſet, nihilomagis tamen conſequens fieret quod pragmatici volunt non eſſe cogendum eum de iure ſuo cum cæteris creditoribus in diſcuſſionis inſtantia diſputare. Nihil enim vetat inter chirographarios quoque creditores aliquos eſſe priuilegarios quorum potior cauſa eſſe debeat, licèt tempore ſint poſteriores. Tritum namque eſt, priuilegia perſonalium actionum non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa *l. priuilegia 32. De bon. auctor. iudic. poſſ. vel venund.* quomodo inter cæteras cauſa dotis, depoſiti, funeraria, & aliæ nonnullæ priuilegium habere exiſtimantur. Sed tamen ſi verum amamus, nec illud admitti poteſt vt prælationis priuilegium habeat venditor qui agit ex pacto de retouendendo. Nam ſi verum eſt, quod neque pragmatici ipſi diffitentur, venditorem qui rei à ſe venditæ pretium conſecutus non eſt, ſi pretium illud petat, & cum cæteris creditoribus concurrat, priuilegium nullum habere, nec ſi in rem ipſam venditam agere velit, quia neque tacitam hypothecam vllam habere intelligatur, neque cùm habet expreſſam, habeat etiam ius prælationis in quo deterioris conditionis eſt quàm qui pecuniam credidit ad emendum, *l. licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* quantò minùs aut hypothecæ tacitæ aut prælationis ius habere is debebit, qui & vendidit, & venditionis pretium cōſecutus eſt, licèt vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ſi poſteà nolit emptor retrouendere? Hic enim vtique multò minùs iuris habet in rem venditam, quàm is cui pretium nondum fuerit ſolutum: quem conſtat poſſe velut taciti pignoris iure rem retinere donec pretium ſoluatur, *l. Iulianus 13. §. offerri. de action. empt.* At is qui & vendidit, & iam tradidit, adeóque pretium conſecutus eſt omne ius non ſolùm dominij, ſed etiam poſſeſſionis à ſe abdicauit, nec proinde aut retinendo aut qua alia ratione proſpicere ſibi poteſt, præterquàm agendo, ſi vendiderit ſub pacto de retrouendendo. Quid verò ſi emptoris bona omnia generali conuentione pignoris venditori ſint obligata, & conſequenter ea ipſa res vendita? Non poteſt pignoris conuentio aliam actionem inducere quàm hypothecariam, & quaſi Seruianam, quam potiò

Digitized by Google

in generalis bonorum discussionis instantia exerceri nihil vetat, cùm sit ea instantia communis creditorum omnium non solùm chirographariorum sed etiam hypothecariorum. Sed an faciet hypotheca vt in ea saltem re præferatur venditor cæteris creditoribus, sicut dici solet in eo qui de re aliqua tecum pactus est, ne alij eam quàm sibi vendas? Hunc enim, si cauerit sibi de pignore atque ita ius sibi acquisierit non solùm in rem, sed etiam in re ipsa, vulgò creditum est præferendum esse non modò aliis creditoribus, sed etiã cuilibet emptori: ac multò magis si eam ipsam rem specialiter pignori acceperit, ex *l. si debitor 7. §. vlt. D. de distract. pignor.* Verùm sunt ista longè dissimilia, vt ego quidem existimo. Nam etsi maximè vera esset ea sententia quæ potiorem vult esse causam pactionis de non alienando accedente vinculo pignoris quàm alienationis, de quo alibi & separatim tractandum erit, longo tamen interuallo differt pactio de non alienando à pactione De retrouendendo, quæ ipsa in contrarium De alienando est. Facilius enim est vt alienare quis prohibeatur, quàm vt alienare cogatur, & ius quod quis sibi in re aut acquisiuit aut retinuit, potentius est ad inhibendam alienationem, quæ in alium fieri posset, quàm ad eam ab inuito extorquendam, quia quo magis valeat alienatio, eo pleniorem & liberiorem esse necesse est in alienatore alienandi facultatem: Proinde pactum de retrouendendo tametsi maximè adiunctam habeat pignoris conuentionem, nunquam facere potest quominùs plenum dominij ius transeat in emptorem, & consequenter non prodest venditori ad hoc vt in ipsam rem venditam agere possit ad retrouenditionem obtinendam. Neque enim res ipsa est quæ retrouendere debet, sed persona emptoris, nec quemadmodum per rem ipsam interdum fit ne valeat alienatio, nimirum cùm res ipsa facta est inalienabilis siue per conuentionem, siue qua alia ratione: ita similiter possis dicere per rem ipsam fieri vt retrouendi omnimodo debeat, aut quod adhuc difficilius est, vt pro retrouendita habeatur. Siquidem in retrouendendo factum versatur. Ergo personæ. In non alienando, non factum, in quo, id est vt ne quid fiat, personam aliquam interuenire necesse non est, potéstque pactio sufficere quæ rem ipsam afficiat, & inalienabilem reddat.

ERROR NONVS.

De Specie & sententia l. si cùm venderet 13. D. de pignor. action.

INTERPRETVM error iste est veriùs quàm pragmaticorũ nostrorum, nam ius quo passim hac in re vtimur, vt ex pacto de retrouendendo agere vẽditor possit, nõ tantùm aduersus emptorem, sed etiam aduersus tertium quẽlibet possessorẽ veteris statuti autoritate nititur, quo idipsum diserte cõstitutũ est in cap. ex frequentibus lib. 2. Sed statuto causam dedit proculdubio error interpretum, quorum pleriſque visum est hoc ipsum ex æquissima & verissima iuris ratione dici posse. Eiúsque sententiæ autor vulgò laudatur Paulus Castrensis ad *l. si cùm venderet 13. D. de pignor. act.* vbi quod lex ait de pacto interposito à creditore pignus distrahente, vt debitori quandocunque pretium offerenti emptor id restituere teneretur, dandam scilicet debitori actionem non solùm pignoratitiam aduersus creditorem vt cedat ea actione quam ex pacto sibi quæsiit contra emptorem, sed etiam ex pacto ipso aduersus emptorem in factum actionem, adeóque vtilem rei vindicationẽ, idipsum produ-

producit Castrensis ad eum casum quo quis vendiderit sub pacto de retrouendédo eá rem quá postmodum emptor in aliũ alienauerit, siue ante, siue post oblatum à priore venditore pretium, posterior alienatio facta esse proponatur, quasi pacti de retrouendendo ea vis & potestas esse debeat vt vtilé dominij translationẽ inducat, in eóque differat à lege cõmissoria, & à pacto addictionis in diem, quòd ex pactis illis non vtile duntaxat, sed etiã directũ dominium ipso iure & citra vllam traditionem transferatur, quia tendunt, inquit ille, ad contractum resoluendum ex quo directum illud dominiũ fuerat translatum. Neque dubitat Castrensis, quin alienata re quæ ex pacto retrouendi debuit tanta pacti vis esse debeat contra secundum emptorẽ, quãta contra primum futura erat si is rem non alienasset, propterea quòd non potuerit alienatio fieri nisi cum sua causa, & vt vulgari nostrorum brocardico iactari solet, resoluto iure datoris rosolui etiã necesse sit ius acceptoris *l. lex vectigali fundo* 31. *D. de pignor. l. debitor* 40. *§. vlt. D. de pignor. act.* Quæ tota traditio non plura certè verba continet quàm errata. Vt mirandum sit tanto posteriorum interpretum ferè omnium, adeóque supremorum tribunalium applausu receptam eam fuisse, nisi fortè Triboniano potiùs quàm Castrensi aut alij vlli ex interpretibus succensendum est, qui sanè si quid mei iudicij est, elegans illud Vlpiani responsum quod extat in *dict. l. si cùm venderet*, turpiter fœdauit, adiecta de suo, vt solet, integra illa clausula quæ vna interpretes fefellit ac tot erroribus causam dedit, *sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione aduersus emptorem agere.* Nec enim apud me dubiũ est quin à certissimis & notissimis iuris regulis ea sententia abhorreat, proindéque Triboniano adscribi debeat, non Vlpiano. Plus putat Castrensis, in specie illius legis vindicationem quæ datur debitori contra pignoris emptorem, nec nisi vtilis est in persona debitoris qui pactus non fuit, creditori ipsi accommodandã esse, vt non tantùm ex pacto agere possit aduersus emptorẽ pignoris sed etiam pignus ipsum oblato emptori pretio si malit, vindicare. Quod si ita est, non abs re cum eodem Castrensi dicere iã omnes possint textum illum esse singularẽ, nec alia vlla iuris parte alium reperiri quo idipsum probari possit. Etenim vt hinc nostra incipiat non contra Tribonianum, sed contra Castrensem disputatio (nã de actione ex pacto de retrouendendo contra tertium possessorem dicemus capite sequenti) quis vnquam ex prudentibus dixit, creditori qui pignus ritè distraxerit suo iure & tanquã creditor, competere posse vindicationem aduersus emptorẽ? Quid in iure nostro certius, quàm vindicationem non nisi domino dari, & contra eum qui non dominus sit, sed tantùm possessor? Quid vulgarius, quàm creditorem dominum non esse ne tum quidem cùm pignus sibi traditum adhuc possidet necdum vendidit? Quantò minùs post factam à se venditionẽ? Quid rursum apertius, quàm quod tot locis scriptum est creditorem qui pignus suo iure distraxit seruatis solennibus, licèt pignoris dominus non fuerit, dominium transferre in emptorem? Quo admisso, quid iuris potest habere ille ad vindicandam rem quam ipse alienauerit? Itaque quamuis verum esset, quod nos contra Tribonianum mox negabimus, moram faciente emptore in pretio recipiendo quod à debitore secundùm creditoris pactionem offeratur, dandam esse debitori vindicationem contra emptorem; nulla tamen ratio subesset, at nec rationis color vllus vt eadem actio accommodari deberet creditori. Nam in persona debitoris possit quis disputare,

Digitized by Google

quod Tribonianum ſatis incautum & imprudentem Iureconſultum fallere potuit, oblato emptori pretio ſi id emptor accipere ſine cauſa recuſet, perinde habendum eſſe acti venditio nulla facta fuiſſet, cùm fidem pactionis in vendendo adhibitæ implere emptor nolit, nec ob id meliorem eſſe emptoris conditionem oportere quòd in frangenda pacti fide improbè verſetur. Atqui ſi venditio nulla facta eſſet, nemo dubitaret quin debitori liceret oblato precio rem ſuam recuperare, adeóque quaſi iam ſublato pignoris vinculo, ſaltem ſecuta obſignatione quę ſolutionis vice eſſe poſſet, vindicare: quia pignoris dominus manet debitor, neq; verò aliter pignus dare poteſt quam ſi eo tempore quo pignus conſtituitur dominus proponatur, *l. cùm & ſortis 35. §. vlt. D. de pignor. act. l. & qua nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* At finge quantùm voles ob moram & contumaciam emptoris nolentis implere fidem venditionis, perinde habendam eſſe venditionem acti facta non fuiſſet (quod tamen nulla arte nulliſque machinis aſſequi vnquam poſſis) quid aliud efficies niſi vt emptor dominus ampliùs eſſe non videatur, quippe qui pignoris dominium nec nanciſci nec retinere ſibi potuit, niſi ex cauſa venditionis? At non illud æquè effeceris, vt creditor ipſe dominus iam eſſe intelligatur quia neque dominus erat ante venditionem: alioqui ſola contractus reſolutio plus iuris adferret, quàm ante contractum habuiſſet is in cuius cõmodum ea reſolutio fieret, quod tamen neque iuris ratio patitur, neque ipſum quidem reſolutionis nomen. Quid enim aliud eſt reſolui contractum quàm pro non facto haberi? Cur ergo poſt reſolutam culpa emptoris venditionem quam creditor ipſe fecerit, dabimus creditori vindicationem, quam nulla facta venditione non eſſet habiturus? Siquidem iam diximus, ad dãdã vindicationem ſiue directam ſiue vtilem, non illud ſoldm requiri ex parte poſſeſſoris vt non ſit dominus, ſed etiam & potiſſimùm ex parte actoris, vt ſe dominum probet. Stulta igitur eſt ratiocinatio illa Pauli Caſtrẽſis, vt quia vtilem pignoris vindicationem Tribonianus dat debitori contra emptorem, eadem multò magis danda ſit creditori, cùm diuerſitatem iuris in perſona debitoris & creditoris illud inducat, quòd etſi poſt pignoris venditionem ritè factam neuter ſit dominus, tamen verum eſt debitorem aliquando fuiſſe dominum, ſcilicet ante venditionem, creditorem verò nunquam. Fefellit Caſtrenſem quod putauit vindicationem hanc quam debitori Tribonianus accommodat, non niſi ex perſona creditoris qui pactus fuerat, poſſe cõpetere, ſicut nec illam in factum actionem, cuius eadem clauſula meminit, quæ cùm naſcatur ex pacto & ſit in perſonam, proculdubio dari non poteſt debitori qui pactus non eſt niſi ex perſona creditoris qui pactus fuit, ſiue ceſſa ea ſit, ſiue non. Hac ſola differentia, quòd quæ ceſſa eſt, directa eſt cùm ex perſona quoque cedentis exerceatur: quæ verò ceſſa non eſt, ea ſi qua ſit quæ competat, non niſi vtilis eſſe poteſt. Et ſanè fieri nequit vt ex alterius perſona poſſit quis exercere actionem, quam alius ille non habeat. Sed negandum eſt quod Caſtrenſis ſupponit pro vero, vindicationem hanc quam Tribonianus dat debitori contra emptorem, dari ex perſona creditoris. Ita enim fiet vt nullo prætextu poſſis eandem actionem accommodare creditori. Sed & illud negandum eſt quod Tribonianus vult, vt iam cum Triboniano certemus, dandam debitori vindicationem aduerſus emptorem, imò ne quidem actionem in factũ vtilem ſine ceſſione. Nã quod ad vindicationem pertinet, ne debitori vllomodo dari poſſit illud omnino eſt impedimento,

mento,quod,vt iam diximus,creditore pignus vtiliter distrahente,id est, dũ ne quicquam sit quod prohibeat aut vitiet distractionem, dominium pignoris transit in emptorem licèt creditor qui alienauit non fuerit dominus §.1.*Instit.quib.alien.licet vel non.l.qui à creditore* 18.*C.de distr.pignor.* Inauditũ verò est vt vindicatio vlla siue directa,siue vtilis aduersus dominũ detur, contra quem nec Publiciana datur nisi certis casibus,*l.penult.D. de public.in rem act.*quoniam ad instar vindicationis est. Nec possis dicere pro tuenda Triboniani insciti a, potestatem conuentionis facere vt pignus quod venditum fuit,oblato postea per debitorem pretio pro non vendito habeatur : vt inferas perinde igitur dandam debitori vindicationem pignoris , acsi venditum pignus non fuisset. Nunquam enim videas Iureconsultos eam capere interpretationem vt fundus inemptus fiat , nisi cùm id ipsum in conuentionem expressim deductum est, vt in lege commissoria , in pacto addictionis in diem,aut etiam in specie,*l.si à te.C.de pact.int.empt.& vendit.* At pactio illa de qua in *d.l.si cùm venderet*,vt debitori , quandocunque pretium offerenti rem recipere liceat , longè alia & dissimilis est , nec eò spectat vt fundus inemptus constituatur ipso iure , sed tantùm quod ad vim & effectum postquàm conuentioni satisfactum erit,non antè. Hoc volo , non posse fieri vt iuxta conuentionis formam debitor pretium offerens recipiat à creditore rem pignoratam , quin res illa creditori vendita fiat inempta. Necesse enim est vt habeatur pro obligata ad hoc vt per debitorem lui possit. Luitur siquidem pignus,non res vendita , *l.*2.vbi est species perelegãs *D. de pignor.act.* Obligata porrò dici non potest in manibus emptoris qui neque de pignore conuenit , neque id egit emendo vt ius pignoris sed vt dominium sibi acquireret,quin priùs inempta constituatur. Sed hoc contendo si emptor conuentioni satisfacere nolit, sola conuentionis potestate fieri non posse vt fundus sit inemptus , quia cùm non sic concepta pactio sit : sed ita potiùs vt demonstratæ sunt personæ debitoris & emptoris , credendum est id potiùs actum esse , vt emptoris persona ex pacto obligaretur , quàm vt res ipsa vendita afficeretur. Præsertim cùm causa pignoris nihil commune habeat cum iure dominij.Nec quicquam vetet amisso per debitorem dominio superesse creditori ius pignoris, *l.*1.*D. de pignor.* Quidni ergo illud quoque similiter admittemus, vt etiamsi debitor amiserit dominium pignoris vtiliter distracti,ius tamen habeat rei recuperandæ oblato emptori pretio , acsi pignoris tantùm non etiam vt dominij iure emptor eam rem possideret? Etsi enim non est in potestate contrahentium facere, vt dominium aut acquiratur aut amittatur nisi certis modis iure ciuili constitutis , nihil tamen prohibet quominùs is etiam qui dominus est pactione se obliget ad ea facienda, quæ si dominus non esset, facere & posset & deberet. Porrò inter modos amittendi dominij,non ille est , si conuentioni tùm cùm dominium acquirebatur,interpositæ satisfactum non fuerit , nisi cùm illud etiam conuenit vt ob non impletã conuẽtionẽ dominũ quod alioqui ex cõtractu secutáq; traditione trãslatũ esset pro nõ translato habeatur : quo casu non tã id agitur vt dominiũ emptori quæsitũ amittatur , quàm vti ne vllo tempore quæsitũ esse intelligatur.Et hæc quidem quod ad vindicationem pertinet,vt appareat nullomodo posse eam competere debitori post factam à creditore pignoris distractionem, licèt conuenerit vt liceret debitori eam rem recipere pretio quandocunque per eum restituto. Quod verò ad actionem in factum perti-

net æquè difficile eſt, vt dari poſſit debitori qui non contraxit, aduerſus emptorem qui creditori ſoli promiſerit. Neque enim ratio iuris patitur vt ex conuentione naſcatur actio in perſonam fauore eius qui conuentionem nullam interpoſuerit, cùm perſonales obligationes & actiones ex eo æſtimẽtur, quòd ſicuti competunt ex contractu vel quaſi, aut ex delicto vel quaſi, ita neque aduerſus alium inducuntur, quàm qui vel contraxerit aut quaſi, vel deliquerit aut quaſi, neque rurſus aliis proſunt quàm cum quibus contractum, vel aduerſus quos delictum commiſſum eſt. Et verò ſi ius ita eſſet vt nulla quoque interueniente ceſſione danda eſſet debitori aut vindicatio aut actio in factum aduerſus emptorem, nihil prorſus debitoris intereſſet fieri ſibi à creditore ceſſionem, niſi fortè ad hoc vt delectam potiùs quàm vtilẽ actionem exercere poſſet. Difficilius enim eſt, aut, vt ita dixerim, impoſſibilius, vt ex pacto creditoris directam actionem habeat debitor ſine ceſſione quàm vt vtilem. Sed præter id quod Triboniano iuris rationem omnino negligenti tam facilè fuit directam atque vtilem actionem etiam ſine ceſſione debitori accommodare (nam neque exprimit an actio illa in factum quã dari vult debitori directa ſit an vtilis.) Illud etiam conſtat vtilem actionem eiuſdem effectus & poteſtatis eſſe cuius eſſet directa, ideóque nec quicquam intereſſe actoris directane an vtili actione experiatur, *l. actio* 47. *D. de negot. geſt.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 5. Coniecturarum*, cúmque ſimiliter locũ Triboniani non Pauli magna ex parte eſſe docuimus. Quod ſi admittas nihil prorſus intereſſe debitoris habere ceſſionem, inferam ſtatim, nec igitur dandam illi actionem pignoratitiam aduerſus creditorem vt eiuſmodi actione cedere compellatur. Nam quemadmodum audiendus non eſt creditor qui debitori præſtari nolit id quod ſine vllo diſpendio ſuo præſtare poſſit, vt ait *lex in creditore* 38. *D. euict.* ita neque inquietandus pro ea ceſſione facienda quæ debitori neceſſaria non ſit. Eſt enim id perpetuum vt ei cuius nihil omnino intereſt, actio nulla, at ne quidem exceptio dari debeat, niſi cùm agitur ad pœnam conuentionalem. *l. 3. D. de verb. oblig. l. ille à quo* 13. *§. ſi de teſtamento. vbi Alex. D. ad S. C. Trebell.* Præſertim verò in actione pignoratitia certum ius illud eſt, vt ei cuius nihil intereſt nunquam detur *l. alienare* 20. *§. vlt. & paſſ. D. de pignor. act.* Qua de cauſa nec illud malè quis fortaſſe tentauerit, quod Vlpianus ſcribit in ſpecie *d. l. ſi cùm venderet*, teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito quam aduerſus pignoris emptorem habet præſtet debitori, eo demum caſu verum eſſe quo creditor non ſuo iure, aut minùs ritè pignus vendiderit, puta ſi inter eum & debitorem conuenerat ne poſſet vendere, aut ſi nulla denuntiatione præcedente venditio illa facta ſit. Alioqui enim difficile eſt vt quicquam illius videri debeat intereſſe debitoris ob venditum amiſſumque pignus quod ipſe contractum eſt, aut vt conueniri poſſit creditor ob factum id quod & iure ſuo facere potuit & legitimè fecit, niſi reſpondeas quod veriſſimum ſanè eſt. Imò verò teneri omni caſu creditorem actione pignoratitia, vt huiuſmodi actione cedat, non quaſi dolo malo verſatus ſit in re pignorata, quomodo ſi vel conueniſſet de non diſtrahendo pignore, vel ea diſtractio minùs ſolenniter facta fuiſſet, ſed potiùs ex æquitate illa quam idem Vlpianus noſter tãtopere commendat in *dict. l. in creditore* 38. *D. de euict.* quæ tractat ſimiliter de creditore, & pignoratitia actione, licèt ad aliam quàm ad propoſitam ſpeciem accommodatè, *Cui enim*, inquit ille, *non æquum videbitur, vel hoc ſaltem coſt-*

qui

qui emptorẽ quod ſine diſpendio creditoris futurũ eſt? Nihil enim vetat pignoratitiam actionem ſicut ex diuerſis cauſis, ita & ad alias atque alias præſtationes competere. Eſtque hæc ſententia conuenientior Vlpiani verbis, quæ ſunt generalia ad omnem caſum quo pignoris veníditio per creditorem facta eſt, non ad hanc aut ad illam facti ſpeciem coangustata. Et ſanè cùm creditorem in re pignorata bonam fidem præſtare oporteat, qua fronte poſſit ille recuſare quominus in debitorem transferat commodũ actionis, quam ille ipſe interpoſitam voluerit fauore debitoris, & ex qua nullum ipſe proprium commodum ſperare vnquam poſſit? Illud planè extorquere volumus, non poſſe ex pacto creditoris agere debitorem contra emptorem ſiue directa ſiue vtili vindicatione aut in factum actione, citra ceſſionem, cùm ob hoc ipſum habeat actionem pignoratitiam contra creditorem, vt cedat actione ex vendito, quòd eam habere ſua interſit. Neque enim, vt diximus, quicquam eius intereſſet ſi actionem aliquam ex proprio iure propriáque perſona habere poſſet. Non valdè abſimile eiuſdem Triboniani facinus illud eſt, quod in *l. quidam* 29. *D. ad S.C. Velleian.* corrupto Pauli reſponſo dat ille actionem nõ ſolùm in perſonam aduerſus eum cum quo actor non contraxerat, ſed etiam in rem & hypothecariã pro rebus non obligatis. Eſſe enim totam illam ſententiam Triboniani non Pauli docuimus in noſtris Coniecturarum libris.

ERROR DECIMVS.

De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem.

ERROR illo interpretum refutato circa ſpeciem, & ſententiã *l. ſi cùm venderet* 13. *D. de pignor. act.* cùm inter creditorẽ & emptorem pignoris conueniret, & debitori quandocunque liceat oblato debito cum acceſſionibus rem obligatam recuperare, alius refutandus ſupereſt, circa actionem quam pragmatici noſtri poſt interpretes dari volunt ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem. In quo tamen, vt iam ſuperioris capitis initio ſum præfatus, pragmaticorum noſtrorum error inculpatus eſt, quos ſtatuti autoritas cogit ita ſentire & iudicare. Quid enim aliud facere poſſint in ea re quæ certũ ius habeat & conſtitutũ? Sed non perinde excuſandi ſunt interpretes, quorũ error ſtatuto cauſam proculdubio dedit. Ne autem ea repetamus, quæ proximè contra Tribonianum & Caſtrenſem diſputauimus de ſpecie & ſententia *d. l. ſi cùm venderet*, nunc id tantùm agimus, vt probemus etiamſi maxime vera eſſent ea omnia quæ Tribonianus eo loco aduerſus rationem iuris effudit, quod pertinet ad pactionem illã inter creditorem & emptorẽ, vt ex eiuſmodi pactione competat debitori actio contra emptorẽ, non idem tamen iuris conſtituendum fore in dãda actione ſiue in rem, ſiue in perſonam ex pacto de retrouendendo aduerſus tertium poſſeſſorem. Larga nãque inter huiuſmodi conuentiones differentia eſt, ſiue rationẽ ineundi ſpectes ſiue vtriuſq. vim & effectum. Conuentio illa quæ fit inter creditorẽ pignus diſtrahẽtẽ & emptorẽ, vt liceat debitori rẽ recipere quãdocũq; pretiũ offerenti, nõ tantùm perſonã emptoris afficere videtur, ſed etiã penè rẽ ipſã, vt quæ per vẽditionẽ à creditore iure factã ſic alienata eſt vt nullum te vera ſuperſit vinculũ pignoris, quippe qđ & ipſius vẽditionis poteſtate, & pretij ſolutione extinctum fuerit

perire de tamen habeatur acſi maneret adhuc obligata. Quomodo enim fieri poſſit vt eius recuperandæ ius ſaluũ habeat debitor, niſi hoc colore & prætextu quòd aliquando eam obligauerit? Nam vt proximo capite dicebamus ex *l.2. D. de pignor. act.* non dicitur lui res vendita, ſed eadem illa quæ pignori fuit obligata. Porrò quæ iá ritè rectéq; vendita eſt non priùs videri poteſt in priſtinam obligationem recidiſſe, quàm effectu ipſo fieri cœperit irrempta, aut ſaltem ſic habenda acſi nunquam per creditorem vendita fuiſſet, vel acſi creditor pignoris ſui duntaxat non etiam dominij ius vẽdidiſſet: Quaſi eo acto inter creditorem & emptorem vt eodem iure eſſet res illa penes emptorem quo erat penes creditorem, non equidem ratione dominij quod vtique per venditionem ritè factam in emptorem tranſlatum eſſe negari nó poteſt, ſed quod ad ius luendi pertinet, vt debitori ſaluum eſſet. Etſi enim conuentio hæc ſatis aliena videtur à natura venditionis per quam dominiũ ſecuta ſcilicet traditione transferatur, attamen iam ſæpius monuimus, conuentiones omnes, quæ in traditionibus & alienationibus rerum adhibentur, ſeruandas eſſe, etiam eas quæ alioqui non valerent *l. in traditionibus. D. de pact. l. ei fundo* 17. D. *de ſeruit. l. venditor* 13. D. *cõmun. prad.* At cùm inter emptorem & venditorem conuenit vt eandem rem venditori quandocunque aut intra certa tempora pretium reſtituenti retrouendere emptorem oporteat, neque formula neque poteſtas conuentionis facit, vt res ipſa affecta dici poſſit, inemptáque haberi debeat, ne quidem vi ipſa & effectu. Id enim tantùm agitur huiuſmodi pacto, vt emptoris perſona obligetur ad retrouendendum, ac proinde vt tantò magis venditio prior ſubſiſtat nec reſoluatur, aut pro reſoluta habeatur, quemadmodũ latiùs à nobis in ſuperioribus diſputatũ eſt. Proinde nullo iuris colore defendi poteſt quod Caſtrenſis tradidit ad *d. l. ſi cùm vẽderet*, ex pacto de retrouẽdendo induci vtilem dominij tranſlationem. Quomodo enim induceretur ex pacto de retrouendendo quæ nec induci poſſet ex ipſa retrouenditione niſi ſecuta traditione? Id enim eſt quod toties diximus, traditionibus non nudis conuentionibus dominia rerum transferri ex *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Nec ſimile eſt quod tractat ille de lege commiſſoria aut de pacto addictionis in diẽ, ex quibus, inquit ipſe, directum quoque dominium ipſo iure transfertur. Quaſi pactionis de retrouendendo minor poteſtas in eo tantùm eſſe debeat, quòd per eã non directum ſed vtile duntaxat dominium transferatur. Nam legis commiſſoriæ itémque pacti quo res addicitur in diem, poteſtas illa eſt vt venditio alioqui pura & perfecta reſoluatur ſub conditione, & quidem ipſo iure. Vnde illud etiam fit vt dominium nũquam à venditore abſceſſiſſe intelligatur, deficiente ſcilicet titulo venditionis qui ſolus facere poterat ne traditio nuda videri deberet. Iſque interpretum ſanè omnium vulgaris error eſt, exiſtimantium clauſulæ, vt vocant, reſolutiuæ contractus vim illam eſſe vt dominium transferat ipſo iure, cùm tamen dicere potiùs debuerint clauſulas huiuſmodi reſolutorias facere ne dominium vnquam acquiſitum videatur ex contractu reſoluto, quod alioqui in eo erat, vt non tam acquirendum quàm acquiſitum iam eſſet. Sunt autem hæc longè differentia, preſertim quod ad inſtitutam diſputationem pertinet, dominium tranſferri ab emptore in venditorem, & dominium à venditore nũquam abſceſſiſſe. Non enim efficere vnquam poſſis vt ab emptore tranſeat in venditorem dominium quod nunquã emptoris fuiſſe intelligatur. Atqui lex cõmiſſoria, pactúmque addictio

addictionis in diem facit vt existente conditione fundus fiat inemptus, ideóque in venditoris dominio semper mansisse existimetur. Tantum igitur abest vt inducant hæ pactiones directam dominij translationem, vt imò verò impediant ne sit in potestate emptoris dominium aut directum aut vtile transferre ne quidem per traditionem. Quo enim iure possit transferre dominium, quod nunquam habuerit? At per pactum de retrouendendo non resoluitur venditio prior vt dominiũ nunquam in emptorem translatũ videatur, sed posterioris extorquendæ ius acquiritur actione personali ex contractu in eam rem comparata. Cui consequens est, vt ea res quæ ex pacto retrouendi debuit, medio tempore alienata, & in secundum emptorem translata non possit vlla ratione competere vindicatio, siue directa, siue vtilis venditori primo aduersus secundum emptorem quam nec habere posset aduersus primum, nec primus quoque contra secundum, *l. cum precibus 4. C. de rer. permut.* Nec illa etiam distinctio curanda est quam à plerisque probatam video vt Castrensis sententiam temperent. An secunda venditio facta sit ante morã à primo emptore in retrouendendo admissam, an post moram, quasi facilius hoc casu quàm illo danda sit actio primo venditori contra secundũ emptorem. Vtroque enim casu verum est, translatum esse dominium à primo venditore in primum emptorem, rursúmque à primo emptore in secundum, nec à secundo emptore ad primum venditorem vnquam redisse: nec proinde ei qui dominus non sit competere posse vindicationem. Neque enim mora, adeóque nec dolus, eius, qui rem ex pacto retrouendere debuit, facere potest, vt & retrouenditio & retrotraditio, quam vtranque interuenire necesse fuit ad dominium in primũ venditorẽ transferendum, pro facta impletáque habeatur. Itaque siue mora primi emptoris aliqua interuenerit, siue nulla, diem omnino ius est, nec tantùm quod ad vindicationem attinet, sed etiam quod ad actionẽ in personam, quæ nunquã certè sequitur singularem successorem, *l. 1. D. de contr. empt. l. 1. §. si heres. D. ad S. C. Trebell.* Mora namque vnius efficere nequit vt contractus à persona eius cum quo initus est in personã alterius transferatur. Ergo neque illud faciet vt personalis obligatio, quæ primũ emptorẽ obstrinxit ad secundũ emptorem eodẽ vinculo obstringendũ extendatur. Cur enim noceat secũdo emptori mora sui venditoris, cũ etiãsi venditor ille eandẽ rẽ retrouendidisset primo venditori, necdum tamen tradidisset, potior in causa dominij haberetur secundus emptor cui priori tradita res fuisset ex *reg. vulg. l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Nemo autẽ dixerit plus iuris habere debere primũ venditorẽ ob morã à primo emptore in retrouendendo cõmissam, quã si retrouenditio ipsa facta esset. Iã verò quod idẽ Castrensis obiicit alienationẽ fieri nõ posse, nisi cũ sua causa ex *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* (quæ etiã statuti nostri ratio expressa est) alienius est quàm vt iure mouere quẽquã possit. Ná vt docuimus in *Decad. 7. error. 3. in fin.* debet regula illa intelligi de ea demũ causa quæ rẽ ipsam afficiat, vt puta si res fuit obligata aut legata sub conditione ante alienationẽ. Atqui pactũ de retrouendendo nõ rẽ ipsam afficit, sed personam emptoris. Quod nos nondũ perceperamus, cũ *dict. error. 3.* scribebamus, Posse accõmodatũ exemplũ dari ad *d. l. alienatio*, de re quæ vendita esset ea lege vt retrouenderetur. Fallebátque nos proculdubio quod Tribonianus de suo addidit ad Vlpianũ in *dict. l. si cum venderet*, Paulique Castrensis autoritas & interpretatio ad eũ locũ. Alioqui possis eadẽ ratione cõcludere, si ea-

dē res pluribus ſeparatim,& quod eſt conſequens diuerſis temporibus vendita ſit,præferendum ſemper prioré emptoré, quamuis poſteriori priùs tradita proponatur,quoniā in ea cauſa fuit res penes venditoré poſt primam & ante ſecundam venditionē vt eam venditor tradere primo emptori deberet, &,vt dicam generaliùs,ſi recta eſſet hæc ratiocinatio, ſemper obligatio perſonalis ſequeretur ſingularé ſucceſſoré,quod tamen quàm falſum ſit,nec imperitiores quidem pragmatici ignorant. Nunquā etiā locus eſſet edicto Prætoris de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, cui locū facit ſola illa ratio, quòd durior pleruſque conſtituatur actoris conditio ex perſona eius in quem facta eſt alienatio,quàm futura eſſet nulla facta alienatione,*l.1.l.3.§.1.& paſſ. ill.tit.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Æquè inepta eſt ratio illa Caſtrenſis quòd reſoluto iure datoris,reſoluatur etiam ius acceptoris,*ex vulg. l.lex vectigali.* 31. *D.de pignor.l.debitor* 40.§. *vlt. de pign. act.* Supponit enim pro vero quod nos falliſſimū eſſe docuimus, pacti de retrouendendo poteſtatem illam eſſe vt contractam venditionem reſoluat, exemplo legis commiſſoriæ aut additionis in diem. Imò verò nouam potiùs vendendi obligationem inducit, quæ res à cauſa reſolutionis contractus omnino abhorret, eique ex diametro aduerſatur ſi Iureconſulto credimus in *l.ab emptione* 59. *in fin. D. de pact.* Cúmque primi emptoris ius illud fuerit quod rei venditæ plenum dominium ſibi acquiſiit, fieri certè nequit vt ius ipſius aliter reſolutum videatur, quàm ſi nunquā dominus fuiſſe credatur, quod tamen per ſolum pactum de retrouendendo fieri nequit, cùm nec aliter poſſit vtilis retrouenditio fieri, quàm ſi prior venditio teneat, & ſubſiſtat. Et quamuis ſecuta retrouenditione itémque retrotraditione dominus iterum fiat is ipſe qui iam anteà fuerat,aliud tamen dominium eſt,alia acquiſitio dominij, alia cauſa dominij acquirendi: quorum omniū nihil dici poſſet ſi poteſtate ſolius pacti de retrouendendo prior venditio reſoluta diceretur. Illud magis ad rem facere videtur, quod à ſtatuti conditoribus non inſubtiliter cautum eſt, vt ei quiex pacto de retrouendendo ſe obligauit,alienatio eius rei prohibeatur. Certum enim eſt prohibitionem legis facere ne dominium transferri poſſit in ſecundum emptoré,néve plus iuris habere ſecundus emptor poſſit,quàm primus, *l.vl.C.de reb.alien.non alienand.* Qua ratione monuimus in ſuperioribus prudenter facere eos, qui vendunt ſub pacto de retrouendendo, ſi per conuentionem ſibi proſpiciant ne res illa poſſit alienari, vt non alio iure poſſit res eſſe penes ſecundū emptorem,quàm quo penes primum futura eſſet.Sed tamen quantumuis prohibita ſit alienatio, ſiue à lege,ſiue ab homine,fieri certè nullomodo poteſt vt eo magis dari poſſit contra tertium poſſeſſorem vindicatio primo venditori qui dominus ampliùs non ſit, aut actio in perſonam aduerſus eum cum quo non contraxerit, obſtantibus ſemper iiſdem iuris regulis, quæ obſtarent ſi ſecunda venditio licitè facta proponeretur. Nec ſanè quicquā eſt quod vtilé facere poſſit hanc actionem quam ſtatutum dat primo venditori contra tertium poſſeſſorem, præterquàm ipſius ſtatuti autoritas, ideóque non malè quis dixerit eſſe hanc condictionem ex lege & conſtitutione principali, *l.1.D.de condict.ex leg.* Niſi quòd cùm condictiones omnes ſint ſtricti iuris, eiuſdem tamen ſtatuti authoritate fit vt actio hæc quæ contra tertium poſſeſſoré datur, perinde ſit bonæ fidei, acſi contra primum emptorē exerceretur,eaſdémq; habeat præſtationes. Sed & eodē ſtatuto contra iuris rationē factū eſt vt ex pacto de retrouendendo habeat primus venditor

ditor actionem in rem etiam contra tertium poſſeſſorem, quam alioqui non eſſet habiturus, ne quide contra primum emptorem: vtique tã primus quàm ſecundus emptor cogi præciſè poſſit ad retrouendendum, quod ex iuris ratione, vt probauimus, vtique diuerſum eſſet. Nec illa denique diſtinctio à nobis probari poteſt, quam nonnulli probant, an ſecundus emptor pactũ illud de retrouendendo cũ primo emptore initum ſciuerit an ignorauerit. Quid enim commune habet illius ſcientia cum iure dominij aut actionis perſonalis? An eo minùs verum eſt tranſlatum eſſe à primo venditore dominium, pactúmq; de retrouendendo cũ primo emptore ſolo interceſſiſſe? Pertinet illa diſtinctio ad cauſam reſtitutionis, & quidẽ minorũ duntaxat, ſecundùm eã ſententiam & interpretationẽ quæ à nobis allata eſt in *error.* 1. 2 & 3. *Dec.* 7. vnde peti volumus alia multa quæ huc tranſcribi poſſent.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA TERTIA.

ERROR I.

De facta per emptorem oppignoratione rei emptæ ſub pacto de retrouendendo.

EST hic pragmaticorum & interpretum noſtrorum error conſequens, ſuperioribus proxima Decade confutatis. Nã quemadmodum putant illi ius tale eſſe, vt ex pacto de retrouendẽdo nalcatur actio non ſolũ contra primũ emptorẽ, ſed etiam contra tertium quemlibet poſſeſſorem, & quidem ad id præciſè vt fiat retrouenditio, nec tantùm actio in perſonam, verùm etiá vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis illa ſit, ita exiſtimant ſi quid medio tẽpore geſtum ſit ab emptore aut obligante aut alienante rẽ quæ aliquando retrouendi debeat, non poſſe id nocere venditori, qui & anteriore, &, quod conſequens eſt, potiore iure nitatur. Sic enim ſentiunt, retrouenditionẽ hanc quæ fit ex neceſſitate vtilis pacti præcedẽtis, neceſſariã videri debere non voluntariã, eiúſque poteſtatem illam eſſe, vt tunc ſaltẽ cùm ſecuta eſt, prior venditio quæ in eum vſque diẽ ſubſtiterat, reſoluatur, & pro nunquá facta habeatur. Quod ſi verum eſſet, illud quoque fateri certè oporteret, irritas fieri cõuentiones omnes medio tẽpore initas per emptorẽ, nõ quidem ad liberandam emptoris perſonam quominùs iis teneatur cũ quibus contraxiſſet, ſed hactenus nimirũ ne vẽditoris cõditio durior & deterior ab emptore fieri potuiſſet. Eſt enim generalis propoſitio illa iuris ciuilis, cùm quid ſit in conſequentiam præcedentis alicuius conuentionis ſi de creditorum iure & ordine diſputetur.

prioris illius temporis rationē habendam eſſe quo conuentio facta eſt, non quo effectum & implementū habere cœperit, *l.1. D.qui potior.in pignor.hab.* In eámque rem afferri vulgò ſolet quod ſcriptū eſt ab Vlpiano in *l. vbi autem 4.alias l ſi ex duobus.§.ſed & Marcellus.* D.*de in diem addiction.* Purè vendito & in diem addicto fundo,ſi melior conditio allata ſit, rem deſinere pignori eſſe ſi emptor eum fundū pignori dediſſet, quāuis medio tempore dominus fuerit,alioquin,inquit,nec pignus teneret. Eámq; ſententiá Bartolus tuetur ad *l. in diem* 8. D. *de aqua pluu. arcend.* & cæteri interpretes non inuiti ſequuntur. Mihi verò contrà videtur. Stulta enim eſt, vt toties inculcauimus cōparatio venditionis factæ ſub pacto addictionis in diem, & eius quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo. Eſt quidem illud vtrique commune quod per vtramque emptor ſit verè dominus ſecuta traditione, quæ res Bartolum & cæteros fefellit, ſed differentia in eo eſt quàm maxima quòd venditio facta ſub pacto addictionis in diem ipſo iure reſoluitur, fitque inemptus fundus oblata intra diem meliore conditione: Ideóque locum hîc omnino habet ea iuris regula quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris, *l.debitor* 40.*§.vltim. D.de pignor. action. l. lex vectigali* 31. *D.de pignor.* Nec enim fieri poteſt vt pignus ab emptore conſtitutum duret ac ſubſiſtat, cùm res in eam cauſam deducitur vt nunquam vendita nunquam empta fuiſſe videatur: quandoquidem ad pignus conſtituendum illud ſemper requiritur vt dominus ſit is qui pignus conſtituit, *l.* 2. *D.de pignor.action.* Etſi autem reuera dominus fuit pignoris conſtituti tempore is qui emerat ſub pacto addictionis in diem, ob idque ex eo tempore pignoris datio tenuit, in eum vſque diem quo reſoluta venditio fuit, tamen ex die ipſo reſolutæ venditionis, ſicuti dominium incipit videri nunquam fuiſſe acquiſitum, ita & pignus in eam cauſam deducitur vt à non domino datum eſſe intelligatur, ergo inutiliter datum eſſe videbitur,quia ad eum caſum peruenit, à quo nec incipere potuit, *argum. l. quia in eum caſum* 16. D. *ad leg. Aquil.* At venditio, quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, in quo decipi video pragmaticos & interpretes omnes quotquot hanc quæſtionem tractant, nec ſolùm non reſoluitur ipſo iure,at ne facto quidem, id eſt, ſecuta retrouenditione. Retrouenditio enim non priorem venditionem reſoluit, ſed nouam inducit, vt iureconſ. loquitur in *l. ab emptione* 58. D. *de pact.* Nouam porrò venditionem inducere non aliter poteſt, quàm ſi prior teneat & ſubſiſtat, Quomodo enim facere poſſis vt per retrouenditionem ab emptore factam dominium in venditorem qui nouus emptor eſt tranſlatum eſſe intelligatur, quin priorem venditionem ſubſiſtere patiaris ex qua dominium fuerit emptori acquiſitum, vel ob hoc ipſum vt venditorem ſuum rurſus dominum facere poſſet? Proinde ridiculi ſunt qui ad hunc quoque caſum accommodant vulgare illud brocardicum, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris: ridiculus Bartol. qui ex eo iure quod de pacto addictionis in diem conſtitutum eſt, ſumit argumentum, vt in pacto de retrouendendo idem iuris conſtituendum eſſe probet, ridiculus denique Cagnolus qui ad *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* vnum vt contra Bartolum agat ſubtilem, reſpondet ad §. *ſed & Marcellus. & ad l. lex vectigali.* Reſolui quidem venditionem per pactum de retrouendendo ſecuta ſaltem retrouenditione, ſed effectu potiùs & per conſequentiam, quàm

qnòd

quòd pactum in eam rem directè, vt loquitur, sit ordinatum. Debuit potiùs dicere quod nos dicimus, Per pactum de retrouendendo non resolui priorem venditionem, at ne quidem per ipsam retrouendutionem, sed nouam induci, quæ priorem non solùm supponit, sed etiam confirmat, siue pacti vim inspicias, siue effectum rei. Sed illud multo insubtilius est, quod interpretes & pragmatici pro vero habent, retrouenditionem quæ fit ex pacto de retrouendendo fieri ex necessitate, cùm nihil sit aut verius, aut apertius quàm fieri eam ex voluntate emptoris, qui si retrouendere nollet, quantũuis millies si velles ad præcisè retrouendendum condemnatus, nunquam tamen retrouendidisse videretur, id est nunquam retrouenditio pro facta haberetur, quæ re vera nunquam facta fuisset, siquidem facti est, nec vllam admittit iuris fictionem: neque aliud ius verò tori superesset, tum vt pecuniariam vrgeret condemnationem, & ex condemnatione quanti sua interesset, consequeretur, vt & Cagnolus ipse fatetur. In eo tamen executiens quòd vt Bartolum defendat, necessitatem duplicem inducit, Præcisam vnam, alteram vt vocat, causatiuã, qualis, inquit, hæc est quę emptorem obligat cogitque ad retrouendendum, nisi malit præstare quanti interest venditoris: quam verò necessitas hæc dici possit quæ liberum non parendi arbitrium relinquat emptori? Amò verò non potest dici coactus quid fecit quod maluit, licèt necesse habuerit, vt alterutrũ vellet, *l. si parte cogẽte, 22. D. de rit. nupt.* Denique cùm sit in potestate emptoris facere ne res quam emit sub pacto de retrouendendo vnquam redeat ad venditorem, nimirum si paratus sit præstare quanti interest venditoris. Cur ei permittamus vt alteram obligationis partem eligendo, id est retrouendendo, deteriorem faciat creditoris sui conditionem cui medio tempore eandem rem pignori obligauerat: Scio esse qui putent contrà quam Cagnolus sentiat cogendum emptorem præcisè & absolutò vt retrouendat eam rem, quam emit sub pacto de retrouendendo, nec præstatione eius quod interest liberetur: Quam sententiam mordicùs defendit Arius Pinellus ad *l. 2. C. de rescind. vendit.* Nihil tamen respondens ad eam rationem quæ in contrarium præcipuè nos mouet, quòd cogi præcisè nemo possit ad factum sine aperta vi & impressione, quam legislator ferre nunquam potest; succedente ob eam causam in omnibus faciendi obligationibus præstatione eius quod interest in locũ facti, *l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* Neque vlla iuris fictione fieri queat vt retrouenditio quæ reuera facta non est pro facta habeatur. Sed tamen illi ipsi qui emptorẽ præcisè obligatum volunt ad retrouendendum, non negant recurrendum necessariò esse ad præstationem eius quod interest, si quid sit quod retrouenditionem impediat, vt putà si ea res quæ retrouendi debet medio tempore alienata proponatur. Quid enim aliud possint dicere? Atqui tantundem iuris quod ad causam pignoris habet creditor cui eam emptor medio tempore pignori dedit, quantum haberet ratione dominij, si eam rem non pignoris, sed emptionis iure accepisset. Neque maiorem venditori suo iniuriam facit emptor, qui rem retrouendendam obligat creditori, quàm si eam purè alienaret, imò tantò minorem quantò facilius est vt post constitutum pignus satisfaciat nihilominùs conuentioni & rẽ retrouendat, quæ si alienata esset, retrouendi iam non posset. Alienatio enim obstat retrouendutioni, Pignoris datio non obstat, quia nihil commune habet causa pignoris cum causa dominij nisi hactenus vt ne constitui possit ius pignoris ab eo qui dominus non

non sit *l.1. D. de pignor.* Cur ergo deteriorem facimus conditionem creditoris, vt ob pactum de retrouendendo pignoris sui iure cadat, quàm emptoris, cui nil obstante eo pacto dominij ius integrum & saluum relinquimus? Nec verò Cagnolus ipse quanuis Doctor, meo iudicio, parum subtilis, rationem hanc facilè obuiam ignorauit: Sed non eo minùs Bartoli sententiam sequitur quam & receptiorem esse ait, licèt nihil afferat quod responderi cómodè possit, nisi quod facilius eá apud nos defendi posse ait propter authoritatem statuti quo districtè prohibitum est ne rem venditam sub pacto de retrouendendo alteri vendere emptor possit. Quod tamen à proposita disputatione prorsus alienum est. Non enim hac parte eadem ratio est oppignorationis quæ venditionis. Nec quòd prohibeatur emptor rem vendere, facere debet vt prohibitus intelligatur oppignorare, ob eam diuersitatis rationem quam proximè attulimus, quòd alienatio impediat potestatem & executionem pacti de retrouendendo, oppigneratio non item. Nam si obiicias ius pignoris in ea re constituti facere vt ad alienationem peruenire quandoque possit, cùm alioqui inutile futurum sit pignus, quod distrahi nequeat, *l.4. D. de pignor. action.* Respondebo futuram eam voluntariam respectu venditoris, in cuius scilicet arbitrio & potestate erit post factam retrouenditionem impedire ne pignus distrahere creditor possit, oblata nimirum ei forte cum accessionibus, repetenda postmodùm aduersus emptorem qui rem illam pignori dedit. Ita fiet vt neque creditor damnum sentiat cui nihil imputari potest, quíque pignus ab eo accepit quem sciuit verum dominum. Neque venditor cui salua manet indemnitatis suæ persecutio contra emptorem, cuius sanè incommodo & dispendio totum hoc quicquid est damni, & incommodi cedere debet, qui ex creditoris sui pecunia solus lucrum sensit. Etsi enim licuit ei rem retrouendendam tanquam suam obligare, sciuit tamen aut scire debuit facere id se non posse in necem venditoris, qui iure suo retrouenditionem quandoque postulaturus erat. Nec tamen similiter possis imputare creditori si pactum de retrouendendo non ignorauit, cur eam rem pignori acceperit, quam sciuit in eo esse vt ad venditorem aliquando redire deberet. Sciuit enim etiam fieri posse, & fortassis euentui um esse vt nunquam rediret, si fortè aut venditor redimere, aut emptor retrouendere nunquam vellet, mallétque aut venditor consequi aut emptor præstare quanti ob eam rem interesset. Nam quod scriptum est in *d. l. in diem 8. de aqu. pluu. arcend.* in concedendo iure aquæ ducendæ tam venditoris quàm emptoris voluntatem exquirendam esse, ad eum casum pertinet quo prædium fuerit addictum in diem: ac proinde quo non emptor sed venditor fuisse videatur dominus tempore concessionis si intra diem allata meliore conditione venditionem resolui contigerit, fundúmque fieri inemptum. Id enim est quod lex ait, *vt sine remanserit penes emptorẽ, sine recesserit, certum sit voluntate domini factam aquæ cessionem.* Cui nec illud dissimile est, quod in eiusdem legis fine Paulus ait, *non solius eius ad quem ius aquæ pertinebit voluntatem exigi in aquæ cessione, sed etiã domini locorum, etsi dominus vti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest.* Nam cùm eorum omnium voluntatem & consensum exquiri oporteat, quorum ius minuitur, vt Vlpianus scripserat in lege præcedenti, negari non potest quin habenda sit ratio eius, qui loci dominus iam tum est, cùm aqua ceditur, licèt eo tempore non

nō habeat ius aquæ: Nos verò eum casum tractamus quo venditor neque iuris quicquam habeat in re obligata eo tempore quo pignus constituitur, id est, ante factam retrouenditionem, neque tunc habuisse videri vnquam possit, id est, ne secuta quidem retrouenditione. Non enim facit retrouenditio vt dominium penes venditorem semper mansisse intelligatur, sed è contrario vt emptori quæsitum illud fuisse necesse sit ad hoc vt per retrouenditionem potuerit ab eo redire ad venditorem. Cur ergo voluntatem venditoris exquirere debeat creditor, accipiens pignori eam rem quæ tùm pleno iure sit emptoris? Nec est quod quis dicat, eam rem quam quis emere non possit, nec pignori accipere posse, *l. i. §. eam rem. D. quæ res pignor.* Neque enim tam generaliter & indistinctè id accipiendum est, sed ad eas res coangustandum quas ideò quis emere non possit quòd earum non sit commercium vt eadem lex ait. Ex quo fit vt prædium litigiosum quod vendi non potest, pignori capi possit, nec nisi mobilis rei litigiosæ oppignoratio prohibita sit, vt ex Scæuola Marcianus subiicit, nimirum quia in rebus mobilibus duntaxat, quæ facilè occultari possunt, potest oppignoratio difficiliorem facere vindicationem. Sic dicimus, in quorum hinibus emere quis prohibetur pignus accipere, non prohiberi, *l. in quorum 24. D. de pignor.* Licèt contraria propositio affirmatiua generaliter vera sit, quicquid emptionem venditionémque recipit, recipere etiam posse pignorationem, *l. sed & quod 9 §. 1.* Atqui statutum quod prohibet alienationem rei emptę sub pacto de retrouendendo, non idcircò facit vt ea res non sit in commercio: sed tantùm vt salua possit esse venditori actio ad petendam retrouenditionem, quæ alioqui post factam alienationem peti amplius non posset. Non ergo potest videri prohibita oppigneratio, quæ scilicet nihil commune habet cum iure petendæ, ac faciendæ retrouēditionis, vt diximus. Et sanè absurdum esset, adeóque iniquum & à publica vtilitate alienum si non liceret emptori ea re frui quam sub huiusmodi pacto comparasset. Atqui fructus rei est pignori dare licere, *l. vlt. D. de vsur.* Quod autem de constituto pignore diximus, similiter obtinet si quæratur de iure constitutæ seruitutis. Quidni enim liceat emptori seruitutem constituere prædio cuius ipse dominus verè sit, & pleno iure? Sed tamen indemnitas venditori præstanda est, vt emptor condēnandus quanti venditoris interest liberam rem retrouendi, quæ libera fuerat vendita: non secus quàm si eam rem pignori dedisset. Nullane igitur prudenti patrifamilias ratio superetur, sic paciscendi, cū rem suam alienat quam aliquando recuperare volet, vt neque pignoris, neque seruitutis ius vllum in ea re constitui ab emptore possit? Imò quàm optima & expedita: nempe sic inita conuentione, non vt res retrouendatur, aut restituatur, sed vt oblato intra dictam diem pretio fundus inemptus fiat, vt in specie *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* Huius enim conuentionis potestas illa est, vt satisfaciente ex parte sua venditore, resoluatur ipso iure venditio, & consequenter nunquā dominus emptor fuisse videatur, nec proinde ius habuisse constituendi pignoris, aut imponendę seruitutis, quorū neutrū fieri potest ab eo qui nō sit dominus. Quo magis æqua videri debet sententia nostra quæ emptori emptorisq; creditorib. fauet, solúsque venditoris vtilitatē impugnat, cui sanè imputari potest cur vendiderit sub pacto de retrouendendo, ac non potiùs eam conuentionē adiunxerit, cuius potestate venditio resolui quandoque posset: quo casu nec ven-

ditori necessaria esset autoritas statuti ad agendum contra tertium possessorem; non quidem ex pacto, sed directa dominij vindicatione, acsi nulla vnquam venditio facta esset.

ERROR SECVNDVS.

De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione lasio immodica & enormis interuenit.

COGIT nos vtilitas huius quæstionis, & quæ illi est affinitas cum superiore, vt institutum tractatum de venditione facta sub pacto de retrouendendo aliquantulum interrumpamus. Etsi enim satis liquet ex superioribus, quid nos ad hanc quoque quæstionem ex vera rectaque iuris ratione respondendum arbitremur, valere scilicet oppignorationem rei quę postmodum redeat ad venditorem ex causa petitæ propter immodicam læsionem restitutionis, nec ob id solùm pignus intercidere, quòd ab emptore qui rem pignori dederat ea res auocetur, quod & Bartolus sensit ad *l.4.§.sed & Marcellus. D. de in diem addict. ad l.si res 3. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* & ad *l. in diem 8. D. de aqua & aquæ pluu. arc.* cuius sententiam magis communiter receptam esse testatur Boerius *decis.* 181 *num.* 10. Video tamen contrariam opinionem quæ Baldi primùm fuit ad *l.2. quæstion. 13. C. de rescindend. vendit.* à recentioribus interpretibus, & à pragmaticis nostris magis probatam, quam & veriorem esse defendit Arius Pinellus Doctor sanè alioqui non insubtilis in suis ad *d.l.2.* cõmentariis *cap.3. part.2. numer.11. & seqq.* vbi præfatur ob varietatem Doctorum & conflictum rationum egere quæstionem hanc regia decisione. Illud verò non possum non mirari tam improbabilem sententiam tot tantósque assertores habere potuisse, quibus ad eam comprobandam, nec ratio alia meliórve occurrit, quàm quòd resoluto, inquiunt, iure datoris prorsus necesse sit resolui etiam ius acceptoris, *ex l. lex vectigali 31. D. de pignor. l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. act.* Quam tamen rationem iam olim Bartolus non malè confutauit, obseruans in specie *dictæ l. lex vectigali*, auocari rem præcisè absque vllo consensu eius qui rem obligauit, in proposita verò quæstione non auocari, nisi interueniente facto & voluntate emptoris, id est nolente illo iustum pretium supplere. Nam quod Baldus replicat vt obiectionem suam tueatur, Ex facto debitoris non soluẽtis canonem domino directo, consolidari dominium vtile cum directo, cùm soluendo canonem vitaret ille commissum: nec eò minùs tamen rescindi hypothecam ab emphyteuta constitutam, rémque ad dominum liberam redire, nec Pinellus ipse probare potest qui argumentum hoc à remotis esse ait, neque respicere tempus auocationis. Debuit potius dicere longè diuersum esse casum illũ ab eo quẽ nos tractamus. Nã licèt in emphyteutę potestate sit vt canonẽ soluat atque ita cõmissi pœnam effugiat, si tamen in soluendo negligens sit & contumax, cadit à iure suo ex lege & conuentione emphyteusi ab initio dicta, cuius potestate contractus emphyteuticarius ipso iure resoluitur, ita vt nullum emphyteutæ factũ interuenire necesse sit sufficiẽte ipso nõ facto, quemadmodum in lege commissoria, & pacto addictionis in diem

diem, aliisque similibus contingeret, *l. 2. & vlt. C. de iur. emphyt.* Imò verò plus iuris habet dominus directus, quàm habere possit is qui sub lege commissoria aut pacto addictionis in diem vendidit, quod quandiu venditionis resolutio est in pendenti, emptor solus est dominus, nec quicquam iuris habet venditor in ea re cuius plenum dominium transtulit in emptorem, nisi quod euenire potest vt res fiat inempta si pacti conditio extiterit *d. §. sed & Marcellus.* At tum etiam cùm emphyteuta dominus vtilis est rei emphyteuticæ & quandiu contractus emphyteuticarius subsistit, ius dominij directi penes eum est qui fundum in emphyteusim dedit. Nec enim dominium vtile vllum esse, aut intelligi potest nisi ex comparatione directi, quia per solam à directo separationem constituitur. Proinde facilius est vt dominium vtile cum directo consolidetur, quàm vt dominus fiat is qui anteà per aliquod tempus dominij ius nullum habuerit. In eóque magnus certè Baldi error est & pragmaticorum omnium existimantium cadente emphyteuta à iure suo ob factam in solutione canonis cessationem redire rem ad dominiũ directum, quasi dominium illud vtile quod in eum vsque diem fuerat penes emphyteutam exinde acquiratur domino directo. Neque enim potest videri redire dominium ad eum à quo nunquam abcesserit si de directo intelligas, sin de vtili, fuit quidem illud emphyteutæ quandiu contractus emphyteuticus subsistit, sed ita tamen vt amissum ab emphyteuta non potuerit recurrere ad dominium directum, quia nunquam dominium vtile concurrere potest cum directo in vna eadémque persona. Et cùm dicimus consolidari dominium vtile cum directo, non illud significamus quod vulgò pragmatici putant, incipere dominum directum vtile quoque dominium habere, sed illud potiùs vtile dominium finiri & extingui consolidatione, quomodo etiam dicimus finiri vsumfructum. Nam quemadmodum vsusfructus nullus est qui sit cum proprietate coniunctus vt à nobis pluribus scriptum & comprobatum est *lib. 15. Coniect. cap.* 18. sed constituitur per separationem à proprietate, ita nec dominium vtile vllum est quod cum directo possit esse coniunctum, sed fit vtile per distinctionem & separationem à directo. Rursum sicuti vsusfructus finitur consolidatione, sed ita tamen vt non idcirco acquiratur proprietario, ita & dominium vtile extinguitur per consolidationem, nec ob id tamen acquiritur domino directo, cui nimirum satis est quòd dominus directus sit, dum ne alius quisquam sit vtilis. Itaque cùm per commissum nihil iuris acquiratur domino directo, sed tantùm cadat dominus vtilis à iure suo per eam quæ ipso iure fit contractus resolutionem, mirum non est finiri ius pignoris aut seruitutis, si quod ab emphyteuta medio tempore fuerat constitutum, quasi ab eo constitutum, qui licèt vtilis dominij ius tum habuerit, cœpit tamen posteà in eo esse, vt nec dominium, nec aliud ius vllum in ea re vnquam habuisse videatur. Quod in venditione quæ propter enormem & immodicam læsionem rescinditur, prorsus diuersum est. Nam siue huiusmodi venditionem rescindi dicas officio iudicis, vt nos quidem dicendum arbitramur, siue impetrata, vt vulgò creditur, in integrum restitutione, de quo scripsimus *Decad. 7. cap. 7.* non potest ea rescissio facere vt emptor qui per traditionem ex causa venditionis factam plenum rei venditæ dominium nactus est, nunquam dominus fuisse existimetur, nec proinde vt dici possit nullo iure pignus aut seruitutem constituisse, si fortè eam rem pignori dederit, aut ei seruitutem imposuerit. Rescissio namque

ſupponit contractum tenere, cùm alioqui fieri nequeat vt id quod nullum eſt reſcindatur, ſicut in ſuperioribus diximus pactum de retrouendendo adeóque ipſam retrouenditionem ſupponere præcedentem, eámque validam venditionem: nec ferre poſſum quod pragmatici noſtri & ipſi quoque interpretes pro verò habent vt contractus reſciſſio & reſolutio pro eodem accipiantur, eiuſdémque hac parte momenti ſint & effectus. Et in hoc ſanè verſatur cardo totius huius quæſtionis. Nam ſi ex beneficio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* venditio propter immodicam læſionem reſolueretur, dici fortaſſis poſſet reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris, aut ſaltem de eo quæri oporteret, quiſnam eius regulæ rectus ſenſus eſſet. Sed cùm venditio tantùm reſcindatur, non reſoluatur, ſolaque reſolutio non etiam reſciſſio facere poſſit vt inempta res fiat, planè non video quam rationem habeat quod iſti volunt, reſciſſa venditione ex huiuſmodi cauſa finiri ius pignoris aut ſeruitutis, quod ab emptore eódémque tunc verò domino fuerit conſtitutum. Et in hoc ſanè fatendum eſt non modo Baldum & quotquot illius opinionem ſequuntur, ſed ipſum etiam Bartolum erraſſe, ob non benè perceptam verborum ſignificationem. In eo namque conſiſtere quæſtionem Bartolus putat, An reſolutio illa quam fieri putat per venditionis reſciſſionem voluntaria ſit an neceſſaria, nec in alio laborat, niſi vt probet eſſe voluntariam, quaſi aliud fuerit exiſtimaturus ſi neceſſaria probaretur. Ob idque qui contra Baldum ſentiunt, omnes argumentorum ſuorum machinas eò conuertunt vt probent reſolutionem hanc neceſſariam eſſe, non voluntariam. Huc enim pertinet quod poſt alios Pinellus pro Baldo obiicit rei reſtitutionem quæ fit ex remedio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* fieri ex actione, iudicio, & ſententia, quæ omnia redduntur in inuitum *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Itémque quod addit non dici actum voluntarium in quo datur neceſſitas, etiáſi ex duobus alternatiuè debitis electio conuento detur ex *l. illud* 25. §. 1. *D. de conſtit. pecun. & l. quæ ſub conditione* 8. §. *ſi quis. D. de condic. inſtit.* Egò verò ridiculam quæſtionem hanc eſſe arbitror, an reſolutio huiuſmodi voluntaria ſit an neceſſaria, quia nego eſſe reſolutionem, dico eſſe reſciſſionem. Si eſſet reſolutio venditionis, diceré intrepidè cum Baldo, reſoluto iure emptoris reſolui debere ius creditoris & alterius cuiuſlibet qui cum emptore contraxerit. Nec valdè laborandũ putarem an reſolutio voluntaria an neceſſaria dici deberet. Id eſt, an ex ipſius emptoris, an ex alterius tertij voluntate penderet dũ ne in merá emptoris voluntaté collata eſſet. In quo rurſum diſſentimus à Bartolo non minùs quàm à Baldo. Neque enim negari poteſt reſolutionem quæ fit ex vi legis commiſſoriæ aut pacti addictionis in diẽ volũtariá eſſe magis quàm neceſſariam, ſi ad id reſpicias quod in emptoris poteſtate eſt vt pretium ſoluat intra dictá diem, atque ita impediat ne lex committatur, aut vt melioré afferat conditioné, nec ſuperuenientis alterius emptoris licitatione & adiectione vinci ſe patiatur *l. licet 7. cum l. ſeq. D. de in diem addict. l. vlt. & paſſ. D. de leg. commiſſ.* Sed tamen non inde poſſis inferre adeo voluntariá eſſe hanc reſolutioné, vt non ſit aliquatenus etiam neceſſaria, quandoquidem in nudam & ſimplicé emptoris voluntaté collata non eſt. Fit enim emptore inuito, vt reſoluatur venditio ſi pretiũ ad diem ſolutũ non ſoluerit, aut ſi intra dictá diẽ melior conditio allata ſit, licèt ab initio facere ille potuerit ne lex cõmitteretur ſi aut pretium ſoluiſſet, aut licitatione ſuperaſſet. Aliud erit ſi ponas diſtractá ré fuiſſe hac lege adiecta, *niſi emptori diſplicuiſſet.* vt in *l. 3. in fin. D.*

Digitized by Google

fin. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Non enim dici vllomodo potest resolui hanc venditionem inuito emptore quæ non alia de causa resoluitur, quàm quia res vendita displicet emptori: Et quáuis perinde fieri possit vt facta venditione sub lege commissoria, aut pacto addictionis in dié emptor ideo rem inemptam fieri patiatur, quòd ei displiceat res vendita, cuius pretiũ alioquì intra dié dictam soluturus fuisset, vel auctorus, non tamen perinde haberi vẽditio debet acsi facta esset sub ea lege *nisi emptori res displicuisset*, siue quòd nouũ non sit, vt quod est in iuris regula, expressa noceant quæ non expressa non nocerent, vt & in *l. si ita legatũ* 65. §. *De legat.* 1. siue potiùs quòd è contrario fieri etiá possit, & verò plerunque fiat vt etiamsi maximè emptor velit, pretium tamen ad dictam diem soluere, vel augere non possit, præ angustia rei familiaris aut qua alia ratione: Quo tamen casu non minùs cõmittitur lex venditionis, quia sufficit pretiũ solutum, vel auctũ non fuisse, siue volente siue inuito emptore acciderit vt legi quæ venditionis resolutionem impedire poterat satisfactum non sit. Et sanè quáuis absurdũ non sit in nudam merámque emptoris voluntaté conferri resolutionẽ venditionis (tametsi in eiusdẽ voluntaté contrahenda venditio cõferri nõ posset, quia nõ sicut obligatio quæ contrahitur, ita & quæ resoluitur vinculũ vllũ habet, dadique aut faciendi aliquã necessitatem) absurdum tamen esset, ac iniquũ in emptoris voluntatem conferri ius pignoris quod emptor ipse constituisset in ea re cuius tàm dominus verè fuisset. Quid enim possit venditor imputare creditori cũ verò domino contrahenti? Aut cur grauiter ferat, resoluta quoq; venditione pignus tamen ab emptore constitutũ subsistere, qui in mera eiusdem emptoris voluntate positũ voluit an res maneret empta, an verò fieret inempta? Ná cùm dubitare non posset quin emptori obligari pignori eam rem liceret, cuius dominium ex iusta emptione acquisiuisset, an non sciuit, aut scire debuit, fore vt pignus quod vtiliter contractum semel esset, sola debitoris voluntate posteà dissolui, aut quod non omnino idem est, finiri non posset? Eáque procul dubio sententia & ratio est *d. l. si res* 3. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* nec à Bartolo. nec ab alio fortasse vllo antehac intellecta. Sed & in eo Bartolus errat quod in specie *d. l.* 4. §. *sed & Marcellus. D. de in diem addict.* id est facta vẽditione sub pacto addictionis in dié, réque vẽdita interim per emptoré obligata, si alius meliorem conditionem attulerit, pignus ideo finiri putat, quòd rem ipsam hoc casu præcisè restituere emptor teneatur. Etenim vt nõ malè Pinellus argumentatur, nõ potest dici præcisa restitutio, inspecto saltem tempore pignoris constituti, cùm in potestate emptoris tunc fuerit efficere ne rem illam vnquam restituere teneretur, nimirum si tũc pretium soluere vel postmodum ad noui emptoris licitationem adiicere voluisset. Quamquam in pacto addictionis in diem difficilius hoc est quàm in lege cõmissoria, siquidem euenit sæpius vt qui licitatione vincere maximè vellet, inuitus ab alio superetur: crescente per alternã inuidiá pluris licitándi calore. Nam quod Emanuel Soarez ad Pinellum adnotauit, emptorem, cui in diem addicta res fuit, posse pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem retinere, ridiculum est, & iis ipsis legibus quas Pinellus adducit contrarium. Idque vel nomen ipsum adiectionis & licitationis ostendit. Neque ad rem facit quod scriptũ est in *l. si in emptionem* 35. D. *de mino.* qua Soarez mouetur. Habet enim lex illa specialem rationem, quam nos sequenti capite proponemus. Possit tamen quis pro Bartolo contra Pinellum respondere, quod

Digitized by Google

Pinellus ipse contrà Baldum respondit nimis à remotis petitum esse argumentum si in æstimando an voluntaria an necessaria & præcisa sit rei restitutio, aliud quàm ipsum auocationis tempus inspiciatur. Nam cùm omnibus conuentionibus illud cõmune sit vt sint voluntariæ *l. sicut 4. C. de oblig. & act.* consequens esset, inspecto initio voluntariã dicendam fore illã quoque restitutionem quæ fieret ex conuentionis necessitate. Potrò auocationis tẽpore inspecto, negari non potest quin præcisa & netellar a restitutio sit quæ fit post venditionẽ ex lege cõmissoria aut pacto in diẽ addictionis resolutam, quia exinde non fuit in emptoris potestate vt aliud quàm sẽ ipsam restitueret, licèt ab initio facere potuerit ne venditio resolueretur. Sed tamen si aliud nihil pro Bartolo respondeti posset, vrgere adhuc liceret pro Baldo, idem euenire cùm rescissa venditione in cuius precio immodica læsio intercenit res ab emptore auocatur per venditorẽ. Etsi enim ab initio adeóque post condemnationẽ habet emptor electionẽ vtrũ rem ipsam reddere pretio quod dederat recepto, an iustum pretũ supplere malit, si tamen in facienda electione, aut electa pretij suppletione, in eo soluendo moram cõmittat, non aliæ iudicis partes esse possunt, quàm vt ei præstituat diẽ intra quã eligeret, aut si iam id elegerit iustum precã supplere iubeatur, idque si faciat res ipsa præcisè ab eo auocetur. Quo casu nemo non videre potest elapsam diẽ incipere restitutionẽ & auocationem rei esse præcisam quæ primùm fuerat voluntaria. Itaque pro Bartolo ea patiùs responsio probanda est quam attulimus, quòd in specie *d. §. sed & Marcellus*, venditio facta sub pacto addictionis in diẽ resoluatur solo pacti potestate, in specie autem *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* venditio propter immodicã læsionẽ non resoluitur, sed rescinditur, tantũ abest vt ea dici possit resolutio necessaria licèt auocatio possit esse necessaria & præcisa, emptore scilicet vel eligere, vel electam iusti pretij suppletionẽ facere nolente aut diutiùs cunctante. Et ridiculè Pinellus vt Baldum tueatur, confundit iura & nomina *resolutionis* & *rescissionis*. Non in eo solùm quòd rescissionẽ quæ fit ex causa immodicæ læsionis resolutionẽ vocat, sed in eo etiã & multò ineptiùs, quòd in specie *l. lex vectigali*, tractari ait de obligatione personali factione rei per quã obligationem ius debitoris, inquit, in eadẽ re rescindatur, & consequenter hypotheca interim contracta. Nam imò verò in ea specie dicendum est, resolutionem contractus fieri non rescissionem, negandúmque obligationẽ personalem vllã esse quæ ius debitoris possit extinguere. Lex enim vectigali fundo dicta proponebatur vt si post certũ tempus vectigal solutũ non esset, is fundus ad dominũ rediret, id est nunquam vectigalis fuisse videretur, quæ conuentio haud dubiè contractus resolutoria est. Nã quod conuentio sic habet vt fundus ad dominũ redeat, non sic accipi debet quasi dominiũ vtile fundi quòd acquisitori fuerat quæsitũ transferatur rursum in concedentẽ, qui sanè dominus semper manet. Vectigales enim agri vocantur qui in perpetuum locantur *l. 1. in princip. D. si ager vectig.* id est *emphyt. petat.* Locatio autẽ quatũuis perpetua dominium transferre nũquam potest, quãuis placuerit conductori dãdam esse in rem actionẽ non solùm aduersus quemlibet possessorem, sed & aduersus ipsum concedentẽ, ita tamen si vectigal soluatur, vt eadẽ lex ait. Itaque conuentionis potestas in eo tantùm elucet, vt quandiu pro eo fundo vectigal pendatur, tandiu neque ipsi qui conduxit, neque his qui in locum eius successerunt auferre eam liceat, contrà verò si vectigal non pendetur,

auferre

auferre licet, scilicet possessionē, non dominiū fundi: Ex quo apparet in vectigalis fundi concessione non tam id agi vt personalis aliqua obligatio contrahatur, quàm vt fundi possessio in accipientem transferatur certa lege, cui si non parebitur, tum demum res auocari & auferri possit. Etsi non nego locatorem si malit agere ad vectigalis solutionem, habere in eam rem paratam ex locato actionem quę merè personalis est, neque cogendum vt contractus sui legem inuitus exerceat, sicut nec venditor legem commissoriam exercere cogitur si nolit *l. 3. D. de leg. commiss.* quia sicut lex illa in fauorem venditoris, ita hæc solius locatoris commodo adiecta intelligi debet. Sed hoc tamē contendo aduersus Pinellum, nullam hîc obligationem personalem esse cuius potestate contractus rescindatur, quoniam vel iure suo vti, & contractus legem exercere locator volet, vel nolet. Si volet, nulla personalis eo casu obligatio est quam proponere aut possit aut debeat, sufficitque impletam esse conditionem ad contractum resoluendum: Resolutio enim non obligationis, sed conuentionis solius & conditionis potestate fit: Cur namque obligationem personalem inducamus ad hoc vt contractus ipso iure resoluatur, id est vt ne quidem vlla ex eo vnquam nata obligatio esse intelligatur? Implicat scilicet contradictionem vt competat obligatio aliqua ex contractu qui non amplius resoluendus sit, sed iam ipso iure resolutus. Si verò locationis perpetuæ legem exercere locator nolet, & vectigalis solutionem vrgere malet, superierit quidem personalis obligatio ex iusto contractu profecta, sed quæ tantùm abest vt contractum rescissura sit, vt nec aliam ob causam superstit quàm quòd contractus subsistat, ita volente locatore, ac morę purgationem quæ alioqui nulla fieri posset vltrò admittente. Proinde quis iam miretur resoluto iure conductoris perpetui, resolui quoque & finiri pignus quod à conductore fuerat constitutum? Aut quis ex eo inferat, similiter resolui & finiri debere pignus ab emptore datum, ob id solùm quod venditio rescissa sit ex causa immodicæ læsionis? Nemo prorsus nisi qui cum Pinello & aliis interpretibus confundere velit non tantùm nomina, sed etiam iura resolutionis & rescissionis. Sicut autem inter resolutionem & rescissionem contractus quàm maximè interest, ita & illud obseruandum est quod nos suprà iam attigimus, longè aliud esse si quis pignus dissolui dicat, aliud si finiri. Dissoluitur pignus & verò dissoluendum necessariò est quod ita datum fuit, vt aliquando tenuerit, nec in eo vnquam sit, vt nunquam datum fuisse videatur. Finitur verò quod definit pignus esse: Cúmq; fieri nequeat, vt pignori esse desinat ea res, quæ semel rectè & vtiliter obligata fuit, quin creditori solutum aut aliter eo nomine satisfactum fuerit, apparet nec illud fieri posse vt finiatur pignus nisi quod resoluitur, id est in eum statum deducitur, vt numquam contractum fuisse existimetur: quod ipsum non alio casu euenit quàm quo vel contractus ipse in quo de pignore conuenit resoluatur, vel alius ex quo ius dandi pignoris nactus sit is qui pignus dedit. Itaque resolui & finiri pignus penè idem est, dissolui verò diuersum. Dissoluendum enim pignus illud est quod alioqui duraret, non quod ipso iure finitum sit, & resolutum. Iam verò quod Pinellus post Tiraquellum obiicit, ita posito iure vt etiam post rescissam ex causa immodicæ læsionis venditionem duret pignus quod ab emptore intereà constitutum fuit, euenturum facilè vt æquitas *l. 2. C. de rescind. vendit. eludatur*, scilicet ære alieno per emptorem onerata re vendita, prorsus ridiculum est. Cùm venditoris indemnitati com-

Digitized by Google

modiſſimè poſſit conſuli, emptore in omne id condemnando quod hanc ob cauſam poteſt intereſſe venditoris. Neque enim æquum eſſet venditoris damno & incommodo cedere pecuniam emptori creditam,& cuius lucrum ac commodum emptor ipſe percepiſſet. Nec quòd emptor pignus dando iure ſuo vſus ſit, facere poteſt ne reſciſſa vend.tione indemnitatem illam præſtare teneatur, maximè ſi cum pragmaticis noſtris putes reſciſſionē hanc fieri beneficio reſtitutionis, quia neque in integrum reſtituta omnia dici poſſent,ſi deteriore conditione res nunc eſſet penes venditorem, quàm futura erat ſi venditio facta no fuiſſet.Præſertim cùm poſſit imputari emptori,cur non potiùs iuſti pretij ſuppletionem elegerit, quo tamen caſu nemo non videt futurum vt pignus quod ipſe conſtituiſſet luere etiam ipſe non venditor deberet. Ergo ſi rem reſtituere malit, cur non perinde condemnabitur venditori in id omne quod venditor ob ipſius factum præſtare cogendus ſit creditori? Alioqui ſanè legis æquitas circumueniretur, eligente ſemper emptore reſtitutionem rei, nunquam verò iuſti pretij ſuppletionem, vt venditoris ſui incommodo cederet pignoris datio,non ſuo. Neque verò aliter aut Bartolum aut alios ſenſiſſe credendum eſt. Nam & ſi emptor hic rē ſibi venditam non ſolùm obligaſſet, ſed etiam in ſecundum emptorem alienaſſet, fatentur omnes,quod nec Pinellus negat,dari actionem ad pretium aduerſus emptorem qui vendidit, quidni ergo & ad indemnitatem ſi non vendidit ſed obligauit? Ita enim fit vt eadem ſit ratio partis pro parte, quæ totius pro toto, nec in eo ſolùm quòd emptor qui rem obligauit æquè cōdemnatur indemnitatis nomine,atque condemnaretur ad totum pretium ſi rem alienaſſet,ſed in illo etiam, quòd quemadmodum permittimus emptori vt eam rem in qua venditor immodicè læſus fuit,alienet,ita & multò magis,vt eam rem obliget. Inauditum enim eſt vt cui plus licet,nō liceat quod eſt minus, vtque obligandi ius non habeat qui habet ius alienandi, ſi mantū excipias cui lex Iulia permiſit vt fundum dotalem conſentiente muliere poſſet vendere, oppignerare non item §.1. *Inſtit.quib.alien. licet vel non*, ſpeciali ratione, & dotium fauore, quòd oppignerationi facilius quàm alienationi conſenſura mulier videretur. Nec video cui placere poſſit diſſimilitudinis ratio illa,quam Pinellus adfert, quod cùm primus emptor rem alienauit,nulla competat actio venditori niſi ad pretium, nec proinde quæri poſſit de reſoluēdo iure ſecundi emptoris cùm per auocationem quæ nulla ſit, ne quidem primi emptoris ius reſoluitur: quod,inquit,diuerſum eſt,ea re pignori tantùm data, quoniam oppigneratio non impedit auocationem, cuius poteſtate putat ille fieri venditionis reſolutionem. Nam in eo ſemper errat & cæcutit Pinellus quòd auocationem hanc ſic fieri putat, vt vēditio reſoluatur, quæ tamen vt probauimus,non reſoluitur, ſed reſcinditur: Idcóque non magis cùm res auocatur quàm cùm non auocatur locus eſſe poteſt regulæ quæ habet,Reſoluto iure datoris reſolui quoque ius acceptoris. Sicut è contrario perinde vtroque caſu reſcindi venditionem neceſſe eſt, vt alienata re per primum emptorem poſſit venditor aduerſus eum agere ad pretium iuſtum & verum:quod ſanè priore venditione ſalua & ſubſiſtente deberi non poſſet. Falſum igitur eſt, quod ſupradicto loco Pinellus concludit *num.*19. limitari hoc caſu vulgarem illam regulam de toto ad partem *l. quæ de tota* 76. *D. de rei vindic.* Nam aut limitatio alia quærenda, aut prorſus nulla eſt.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De ſpecie & ſententia l.ſi in emptionem 35. D.de minor.

PERTINEBIT hoc caput ad ea quæ de in diem addictione proximè diſputauimus. Separandum enim fuit, ne quod multi faciunt, propoſitam quæſtionem ſatis alioqui difficilem & obſcuram, confuſis & implicitis aliis & difficiliorem & longiore tractatu obſcuriorẽ redderemus. Diximus obiter facta venditione ſub pacto ad dictionis in diem non eſſe permittendum emptori, vt aucto per alium pretio eam rem pro eodem pretio retinere poſſit, ni augere & adiicere ipſe etiam velit: quod ſanè apertiſſimis verbis ſcriptum eſt in *l. licet 7. cum ſeq. D. de in diem addict.* Et tamen non deſunt ex pragmaticis noſtris qui contra putent, decepti, vt video, autoritate Emanuelis Soarez, qui in ſuis ad Pinellum annotatiunculis eo ipſo loco quem nos proximè agitauimus, & primus, quod ſciam defendit audacter, audiendum eſſe emptorẽ ſi idem precium offerat quod alius obtulit, & non maius. Ex *l. ſi in emptionẽ 35. D. de minor.* vbi Hermogenianus ſcribit, ſi in emptionem penes ſe collocatam minor adiectione ab alio ſuperetur, implorantem eum in integrum reſtitutionem audiri debere, ſi probet ſua intereſſe rem illam emptam fuiſſe, veluti quòd maiorum eius fuiſſet, ſed ita tamen, inquit lex, vt quod ex licitatione acceſſit, offerat venditori. Mihi verò ea lex videtur propriam & ſpecialem habere rationem in cauſa reſtitutionis in integrum quæ minori datur. Non quòd hac parte minor ſit fauorabilior maiore vt pro eodem pretio poſſit vincere collicitantem, quandiu tempora adiectionem patiuntur. Sed quia poſt elapſum licitandi & adiiciendi tempus, ſi in hoc ipſo læſus fuerit, quòd ſe vinci paſſus eſt, reſtitui in integrum poteſt beneficio ætatis, qui ſi maior eſſet, reſtitui nullomodo poſſet. Cúmque ea reſtitutio non niſi poſt addictionis diem impetretur (quia nec antè læſus minor videri deberet, qui ſi pluris licitari vellet, vinceret) non aliud ſanè precium offerre minor cogendus eſt, quàm quod ab emptore eodémque victore oblatum fuerit, & conſtitutum. Nam cùm venditori pretium illud offerendum ſit, vt lex ait, non poteſt vtique pluris intereſſe venditoris, qui nonniſi tanti æſtimauit re ſua carere. Videri poſſet intereſſe potiùs emptoris, eo ſaltem caſu, quo precium adhuc augere vellet, eundémque minorem licitatione rurſum ſuperare. Ne alioqui eueniat, vt per impetratam reſtitutionem melior ſit conditio minoris, quàm futura eſſet rebus omnibus integris, quod vel ab ipſo in integrum reſtitutionis nomine adhorret. Alioqui facile fuerit minori fraudem comminiſci, & aſſequi ſi prima vel vnius nũmi adiectione vinci ſe patiatur, vt poſtmodum petita reſtitutione pro eodem pretio vicerit, qui nec ſi duplum tunc obtuliſſet, vincere tamen fortaſſis potuiſſet. Verùm non ita eſt, minorique hac in re magis fauemus quàm emptori, dum ne tamen fraudis conſilium vllum probetur (hoc enim pro excepto ſemper haberi debet, præſertim cùm tractatur de reſtitutionibus in integrum quas ſola æquitate niti conſtat) quia conuentionis, id eſt, addictionis quæ in diem facta fuerat, verba non patiuntur vt poſt eam diem

adiectio aliqua recipiatur: nouáque in eam rem conuentione ad nouum diem dicendam opus esset, quam porrò minor vt ineat cogi nullomodo potest, licèt quàm maximè actor sit, & quidem voluntarius, in petenda restitutione. Ex quo maximum certè argumentum sumi potest aduersus eos, qui minori subueniendum putant contra lapsum temporis conuentionalis, vt tantundem temporis ei restituatur adfaciendum id quod intra tempus illud facere & potuit & debuit. Nam in specie *d.l.si in emptionem*, restituitur minor non aduersus lapsum temporis, sed aduersus omissam adiectionem. Alioquin si tempus in quod addictio facta fuerat restitueretur, non nisi cũ sua causa restitueretur: id est ita vt cogendus esset minor adiicere ad emptoris adiectionem, rursúsque aliam eiusdem adeóque alterius cuiuslibet emptoris ad licitationem accedentis, adiectionem admittere, non secus acsi addictionis tempora nondum elapsa essent, vt contingeret, si aduersus lapsum temporis legalis, vt ita dicam, restitutio impetraretur. In quo restitutionis genere dici solet, tantundem reddere restitutionem quantum læsio abstulerat. *l.sed etsi* 26. *§ si feriæ cum seq. l. necnon* 28. *§. si quis sapius. D. quib. ex caus. maior.* Sed de tota illa quæstione dicendum nobis erit fusiùs alio loco. Hæc obiter & ferè extra rem dicta sint.

ERROR QVARTVS.

De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, si post oppignorationem donatio ex causa ingratitudinis reuocata sit.

IN hac quoque quæstione quæ nobiliores iuris interpretes dissentientes habuit, disputandum nobis est aduersus Arium Pinellum qui ad *l.2. C. de rescind. vendit.* & eo ipso capite quod à nobis citatum est in superioribus, pertinaciter defendit, si donatarius rem sibi donatam pignori dederit, deinde donatio ex causa ingratitudinis reuocata sit, rescindi, vt ipse loquitur, hypothecam, licèt fateatur, si quod magis est, alienatio aliqua per donatarium facta sit, rescindi eam non debere, quod & à Constantino expressim cautum est in *l. his solis matribus 7. C. de reuoc. donat.* Quasi absurdum non sit in hoc separari hypothecam ab alienatione, *arg. l. in quorum* 24. *D. de pignor.* Hac vna diuersitatis ratione, quòd cùm res donata alienata est, tametsi posteà reuocetur donatio propter ingratitudinem, nulla tamen actio donatori competit aduersus tertium possessorem, ad rem auocandam, nec proinde donatio ipsa hac parte rescinditur, quomodo rescinditur cùm donatione reuocata res ipsa quæ penes donatarium mansit, aut in eius saltem dominio & iure per donatorem auocatur. Ideóque putant nostri posteriore hoc casu non etiam priore locum esse regulæ quæ resoluto iure datoris resolui vult ius acceptoris ex *l. lex vectigali* 31. *D. de pignor.* Sic enim Tiraq. in *l. si vnquam* n. verb. *reuertatur num.* 172 *C. de reuocand. donat.* post alios multos quos congerit, præsertim Rip. in *l. fin. quæst.* 42. *C. eod.* Ego verò vt contrà sentiam ex eo moneor, quod donatio ex causa ingratitudinis reuocatur quidem ipso iure, sed tamen non resoluitur, vt res quæ donata est pro eo haberi debeat acsi nunquam donata esset. Necessaria enim est donatoris querimonia, & voluntatis declaratio,

tio, quòd ex ea causa reuocatam donationem velit: Alioqui non solùm non habetur donatio pro reuocata ipso iure, sed neque per donatoris heredes reuocari potest, sicut neque ingratitudo obiici quam defunctus donator nunquam obiecit, vt habet expressa in eam rem Iustiniani constitutio in *d. l. fin.* Ex quo apparet quantum interfit inter reuocationem donationis & resolutionem. Resolui enim donationem cùm dicimus illud significamus haberi eam pro non facta, & rem donatam pro non donata, quemadmodum venditioné resolui dicimus, cũ res empta fit inempta potestate legis cõmissoriæ aut pacti addictionis in diem. Quo exemplo possis dicere vix alio vllo casu donationis resolutionem fieri posse, quàm quo conuenerit disertis verbis, vt si donatarium ingratum fieri, vel, quod parum differat, conuentionibus donationi adscriptis non satisfacere contigerit, donatio pro nunquam facta habeatur. Neque enim nouum est maiorem vim esse expressi quàm taciti. Quanquam & ita, vti diximus, concepta conuentione non potest videri expressum id esse quod alioquin inesset, quia illud quidem tacitè inest etiamsi expressum non sit, vt ex causa ingratitudinis donatio reuocari possit, adeóque reuocetur ipso iure, si donator id velit, sed non illud etiam vt donatio resoluatur, & nunquam facta existimetur. Et sanè vel ipsum *reuocationis* nomẽ demõstrat & præ se fert factũ aliquod hominis reuocantis. Cõtra verò *resolutionis* nomen nihil nisi potestatem iuris resoluentis. Nam quemadmodum contracta obligatio iuris vinculum est non hominis, ita obligationis resolutio tota ex iure est non ab homine. Auocatur quidem res ab homine tum etiam cùm contractus resoluitur: sed auocatio illa sequitur resolutionem, magisque effectus & sequela resolutionis, quàm resolutio ipsa dicenda est. Cæterùm resolutionis solius potestas illa est, vt si res quæ fuerat acquisita, medio tempore fuerit obligata, pignus euanescat, quod alioqui potestate reuocationis non magis potest euanescere, quàm si vel officio iudicis, vel per in integrum restitutionem contractus rescinderetur. Itaque omnia ea quæ in superioribus disputauimus aduersus illorum sententiam, qui putant rescissa venditione ex causa immodicæ læsionis rescindi quoque ius hypothecæ per emptorem interim constitutæ, ad hunc etiam tractatum perinde accommodari possunt, vt probemus non posse resolui pignus, quod donatarius dederit ante donationis reuocationem, siue iam tum cùm pignus dabatur ingratitudinis causa aliqua commissa esset, siue nulla. Quin & in donationibus multò certius hoc ius est, propter apertam illam Constantini legem in *d. l. his solis*, quæ post reuocatas etiam donationes, nihilominus valere vult, & subiiltere alienationes quas medio tempore donatarius fecerit: nam quicquid Pinellus post alios causetur, quid absurdius dici potest, quàm vt donatario etiam ingrato liceat rem donatam alienare, non liceat obligare? Quod enim Pinellus respondet, alienationem facere, non etiam oppignorationem, vt auocari res non possit à donatario, ac proinde vt neque resolui debeat alienatio, quam donatarius fecerit, tantò apertiùs offendit, ex causa ingratitudinis non fieri donationis resolutionem: quæ si fieret, non prohiberetur vtique donator rem suam quæ pro nũquam donata haberetur, à possessore quolibet vindicare: sicut euenit cùm is qui rem emit sub lege commissoria, vel sub pacto addictionis in diem, ante diem alij eam alienauit. Cùm enim his casibus fundus inemptus fiat, quo iure obsecro, aut quo colore liceat possessori suam rem dicere & retinere, quam à

non domino acquisiuisse reperiatur? Denique sola illa iuris fictio quæ per solam resolutionem inducitur, vt nunquam dominus fuisse videatur, qui re vera dominus aliquando fuit, efficere illud potest, vt irrita fiant ea omnia quæ tanquam à domino facta sunt, nec nisi à vero domino fieri potuerunt, cuiusmodi est ius pignoris, alienationis, seruitutis, & alia si qua sunt similia. Quandiu enim verum est dominum fuisse eum qui alienauit, aut pignori dedit, aut seruitutem imposuit, nec pro non domino habendum, ratio iuris pati non potest, vt alienatio illa vel pignoris, aut seruitutis constitutio in irritum deducatur. Nec quòd ea res, quandiu alienata non est reuocari possit, ad rem pertinet. Reuocatur enim cum sua causa, sicut nec nisi cum sua causa alienari posset, *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* Nam & reuocatio illa haud dubiè alienatio est, cùm dominium quod à donatore per traditionem abcesserat, & in donatarium fuerat translatum, redeat ad donatorem ipso iure, si modò reuocatam donationem donator velit: Aliúdque numero dominium est quàm quod priùs fuerat penes donatorem cùm alia quoque & noua causa sit eius acquirendi, nec prior illa domini translatio pro non facta vnquam habeatur. Neque est quod quis dicat, idem euenire in venditione facta sub lege commissoria, aut sub pacto additionis in diem, vt venditionis legem exercere venditor possit si velit, non etiam cogatur inuitus, *dict. l. 3. De leg. commiss.* Non enim ob incertam illam venditoris voluntatem, vtrum resolutam venditionem velit, nécne, in suspenso manet resolutio venditionis: sed cùm ipso iure & sola pacti potestate resoluatur, in venditoris tamen potestate est, si velit non vti ne resoluantur, quod fit ipso iure, sed vt pro nó resoluta habeatur, ne cõuentionem quam sui solius fauore, non etiam pro emptore adhibuit, inuitus exercere compellatur. Sunt autem ista longè differentia, non solùm an quis dicat resolui contractum an rescind, sed etiam vtrum resolutio ipsa fiat sub ea conditione, si volet is cuius interest resolui, an sub ea potiùs *nisi nolet.* Illa namque conditio *si volet*, suspendit resolutionem in id vsque tempus quo declarata sit voluntas, & prorsus conditionalem facit resolutionem: Illa verò, *nisi nolet* non suspendit resolutionem, sed ipsam potiùs resolutionem, vt ita dixerim, resolutionem, *argum. l. 1. D. de in diem addict.* Itaque optimum pro donatore consilium est, vt sibi non solùm aduersus alienationes aut oppignorationes quæ à donatario fieri medio tempore possent, sed etiam contra dubij iuris euentum prospiciat, eam expressim conuentionem in donatione adiicere, vt siue ingratus erit donatarius, siue pactis conuentis satisfacere nolet, donatio ipso iure resoluatur, & quod effectu prorsus idem est, pro non facta habeatur: sic enim assequetur vt dubitatio nulla superesse possit, quin resoluta quandocunque donatione pignus quoque quod à donatario interim constitutum fuerit euanescat ex *regul. dict. l. vestigali.* imò & alienatio si quam interim donatarius fecerit. Neque enim ad hunc casum pertinet lex Cõstantini, sed ad illũ duntaxat, quo absolutè facta sit donatio, nullóque de eius resolutione pacto subsecuto: sicut à nobis traditum est cùm de pacto retrouendédi tractaremus, lõgè cõsultiùs facturũ venditorem qui rem à se venditam recuperare liberam aliquando velit, si paciscatur, vt quotiescunque pretium à se restitutum erit, res sit inempta, vt in specie, *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* quàm si vt vulgò fit, pactione solàque personali obligatione emptorem obstringat ad retrouendendum.

dum. Facere verò non poſſum quin cum Pinello mirer ingenium Caroli Molinæi, qui cùm in ea ſit opinione, §. 22. *in Conſuetud. Pariſ. num.* 45. vt reſciſſa propter immodicam læſionem venditione euaneſcere putet ius pignoris ab emptore interim conſtituti, aliud tamen iuris eſſe exiſtimat in donatione propter ingratitudinem reuocata. Nam ſi ex eo motus eſt quòd hoc caſu lex Conſtantini confirmet alienationes quas donatarius medio tempore fecerit, illud etiam animaduertere debuit, quod ſanè non ignorauit. In alia quoque ſpecie cùm venditio ex cauſa immodicæ læſionis reſcinditur, ſi res ab emptore in alium tranſlata & alienata reperiatur, nihilomagis rem ipſam auocari poſſe, nec nouæ legis beneficium aut in integrum reſtitutionem dari contra tertium poſſeſſorem qui non contraxerit. Proindè non debere minùs iuris habere creditorem, cui res illa obligata eſt, quàm habiturus eſſet emptor, ſi eandem rem comparaſſet. Ac ſanè vtroque caſu æquè abſurdum eſt, ſi dicamus non licere emptori aut donatario rem obligare: quam ſi volet etiam alienare poſſit. Præſertim cùm donatori imputandum ſit cur donauerit, ſicut & venditori cur vendiderit, non etiam creditori cur à donatario aut emptore pignus acceperit, quem eo tempore dominum ſciuit.

ERROR QVINTVS.

De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo.

DOCVIMVS in ſuperioribus quid iuris ſit cùm aliqua ſeruitus per emptorem interpoſita eſt prædio quod venditum fuerat ſub pacto de retrouendendo. Videamus iā vt inſtitutā tractationē perſequamur, quid cōtrà dici debeat ſi ſeruitus eidem prædio acquiſita ſit ab emptore. Video autem interpretib. noſtris & pragmaticis magis placere, vt non reſoluatur ius ſeruitutis, ſed perinde ſaluum ſit & vtile venditori poſt retrouenditionem, atque eſſet emptori ſi retrouenditio nulla facta fuiſſet, ita tamen vt ex ea cauſa venditor emptori præſtare indemnitatem teneatur, id eſt, pretium quod pro ſeruitutis acquiſitione emptor dederat ei reddere, nimirum ſi venditor ius illud ſeruitutis prædio ſuo acquiſitum manere velit. Nam ſi nolit, non putant cogi eum debere vt pretium ſoluat, qui nullam ex eo percipere velit vtilitatem. Planè nec dubitant quin hoc caſu poſſit emptor pro arbitrio de ipſius ſeruitutis iure diſponere, quia cùm augmentum iſtud & facto hominis acceſſerit & cum impenſa, non poteſt in eo ius vllum quæſitum eſſe venditori inuito emptore. Sic Hieronym. Cagnol. ex aliorum non minùs quàm ex ſua ſententia ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. queſtion. 28. numer.* 156. vbi citat §. *ſi vaſſallus in Tit. Hic finitur lex, in vſib. feudor.* in quo loco ſcriptum eſt, ſi vaſſallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipſum ſua pecunia meliorauerit, & contigerit poſteà vt vaſſallus ſine filio maſculo decedat, pati dominum debere vt ædificium auferatur, vel ſoluere pretium meliorationis. Idémque eſſe ſi pretio ſeruitutem fundo acquiſierit, licèt quidam alij dicant omnino ad dominum pertinere. Quod aiunt, non reſolui ius ſeruitutis per emptorem acquiſitæ, laudo ego & probo.

Cur enim resolueretur quod vtiliter constitutum & acquisitum fuit, cùm nec ius ipsum emptoris qui seruitutem acquisiit, resoluatur? Nam si ius illud dominij resolueretur, quod in eo fundo emptor habuit, vtique fatendum esset resolutum etiam iri ius seruitutis per emptorem acquisitæ; quia per eum reperiretur acquisita, quia nunquam dominus fuisse videretur. Siquidem verissimum illud est, quod nos in superioribus toties inculcauimus, resolui venditionem nihil aliud esse quàm fieri rem inemptam, & in eum statum deduci venditionem, vt nunquam facta existimetur. Constat autem sicut seruitus prædio imponi non potest, nisi per eum qui dominus sit prædij seruitutem debituri, & quidem in solidũ. Ita vt vnus ex sociis fundi communis permittendo ire agere nihil agat, *l. vnus ex sociis* 34. *D. de seruit. rustic. præd.* Sic nec ab alio quàm à vero domino seruitutem acquiri posse prædio dominanti. Id enim est quod dici solet alienis ædibus seruitutem nec imponi nec acquiri posse, *l. si cùm duas* 8. *D. commun. præd.* Itaque vel hinc maximè argumentum pro sententia nostra fortissimum contra pragmaticos sumi potest, vt fateri cogantur, neque pacti de retrouendendo, neque secutæ retrouenditionis potestatem illam esse, vt præcedens venditio resoluatur. Quod si ita est, illud quoque consequens videtur, nisi me fallo, vt emptori qui seruitutem illam acquisiit, non tantùm indemnitatem, quod pragmatici admittunt, sed ipsum seruitutis pretium omnimodo præstare venditor teneatur. Quid enim si nullo pretio, sed ex mera imponentis liberalitate seruitus illa per emptorem acquisita sit? Nam nec quisquam dubitat, quin ex causa donationis sicut & ex alia qualibet iusta conuentione seruitus acquiri possit. Cur dicamus nihil ideò à venditore consequi emptorem debere, quod suo nihil dederit donatori? An non ita fiet vt libetalitas quam non nisi ad emptorem pertinere donator voluit ad venditorem protrahatur, adeóque, quod magis mirum est, ei soli sit profutura? Hoc verò an non perinde absurdum est, acsi pretium ab emptore solutum aliquod esset, quod ei reddere venditor nollet? Vtique sanè *arg. l. 1. §. inde Neratius ad S. C. Trebell.* Non enim videri potest nihil prorsus abesse emptori qui donationem accipiendo se hoc ipso ad ἀντίδωρα obligauit, si non ciuiliter, saltem naturaliter, ne inciuilis videatur, *l. sed etsi lege* 25. §. *consuluit.* D. *de petit. hered.* Sed & cùm emptor pretio seruitutem acquisiit, si fortè minore quàm quod iustum videri debeat, ex facilitate forsitan eius qui seruitutem vendidit, & liberalitatem ex parte in emptorem conferre voluit: Cur cogamus emptorem vt eo ipso pretio contentus sit quod dedit, nec quanti reuera seruitus illa est petere possit? An non ita fiat vt priuetur fructu & commodo suæ conuentionis? Aut cur eius qui seruitutem minimo vendidit, siue liberalitatem, siue stultitiam alij prodesse velimus, quàm illi ipsi qui cum eo contraxerit? *argum. l. 3. & l. alienus* 61. *D. ad leg. Falcid.* Nisi fortassis ei velimus imputare, cur non maiore veróque pretio emerit seruitutem: quod si factum esset, nec venditor ipse fundi negaret tantundem à se emptori restitui oportere. Neque sanè video qua ratione possit indemnis seruari emptor, si minore summa contentus esse cogatur, quàm quæ sufficiat ad veram iustámque acquisitæ seruitutis æstimationem. Pretium namque ita demum rei loco substitutum videri potest si iustum sit, non etiam si minùs iusto, satúsque iam in eo fauemus venditori retrouenditionem vrgenti, quòd cùm alioqui nemo cogi possit vt rem suam vendat, *l. nec quisquam* 16. *C. de iur. delib.*

sal-

ſaltē iuſto pretio, *l.non enim 9. D.de rer.amot.* emptorem tamē hīc adigimus vt ſeruitutem quàm ſibi iuſtè quæſiuerat iuſto pretio vendere compellatur. Et verò quidni ſufficiat venditori ſi indemnis ſeruetur? Atqui indemnis eſt ſi modō nihil emptori præſtet ſupra iuſtum pretium ſeruitutis, licèt plus præſtet quàm emptor ſoluerit pro acquirenda ſeruitute: Alioqui certat ſanè de lucro captando, non de damno vitando qui rem viliſſimo pretio comparatam pro eodem habere velit, nō pro iuſto. Neque poteſt conqueri venditor deteriorem ſuam cōditionem factam eſſe per emptorem, cùm eam rem cuius retrouenditionē poſtulat, tantò pretioſioré habiturus ſit acceſſione ſeruitutis. Planè ſi immodico pretio ea ſeruitus per emptorem acquiſita proponatur, & tam magnus exceſſus ſit, vt emptoris ſtultitiæ poſſit imputari, cur tāti emerit ſeruitutem quam prudens & diligens paterfamilias iuſto pretio cōparare potuiſſet, non dubito quin venditori agenti parcendū ſit, vt iuſtum verúmque pretium dando liberetur, ne aliter poſito iure accidat vt alienæ ſtultitiæ pœnas luat, & in emptoris poteſtate ſit dolo malo verſari circa rem quam ſcit à ſe aliquando retrouendendam eſſe, vt venditorem ſuum grauiori oneret pretij reſtitutione, *arg. d. l. alienus, & l.non dubium 14.§.vlt. de legat.3.* Magnum tamen exceſſum requiro, quia ſi nihil ab emptore dolo malo aut per ſtultitiā factum ſit in cōparanda ſeruitute, quam nec iuſto pretio quiſquā alius à difficili venditore comparaturus fuerit, nec eius tanto pretio acquirēdæ occaſionē prætermiſſurus, nunquā patiar in dāno morari emptorem cui nihil imputari poteſt, quíque iure ſuo vſus proculdubio eſt, cum ſeruitutem quo potuit pretio acquiſiit ei fundo, quē licèt prænidere debuit aliquando retrouenditum iri oportere, cogitare tāmē potuit nunquā ſe fortaſſis retrouenditurū. Quid enim ſi pretiū reſtituere, & ita retrouenditionem poſtulare venditor nunquam vellet, aut poſſet? An incertus ille futuræ retrouēditionis euētus emptori vſq; adeò nocere debebit, vt prohibeatur quibuſcunq; poſſit modis meliorē facere rem quā ſciat eſſe ſuā, nec vnquā fortaſſis fore alienā? Maximè verò, cū venditori potiùs imputandū ſit cur in vendendo eā rē de qua ſibi retrouendenda pactus eſt, nō dixerit legem apertiùs, expreſſa conuentione adhibita, ne liceret emptori ſe inſcio vel inuito ſeruitutē aliquā acquirere, aut ædificia conſtruere, aut denique aliud quicquam in ea re moliri, quod redemptionis cauſam poſſet facere difficiliorem. Nam ſi cōuentio hæc adiecta eſſet, quam nec hodie diligentes venditores prætermittere ſolent, dubitari non poſſet quin ſeruari eam oporteret, tametſi damnum inde maximum emptor ſenſurus eſſet, quia neque damnum vllum ſentire videretur, quod ex culpa ſua ſentiret. Quæcunque enim lex à venditore rem ſuā alienante, dicta eſt, ea certè omnimodo ſeruanda eſt. Hinc porrò intelligimus, quàm multò improbabilius illud ſit, quod interpretibus placet. Si venditor ſeruitutem ab emptore acquiſitam retinere nolit, non eſſe eum cōdemnandum ad vllius pretij reſtitutionem, ſed hactenus tantùm emptori ſuccurrendum eſſe, vt de ea ſeruitute pro arbitrio poſſit diſponere. Quomodo enim diſponat aut ex ſeruitutis acquiſitione commodum vllum retineat amiſſo prædio cui ſeruitus quæſita fuit? Conſtat namque ſeruitutē prædialem, quia prædio non perſonæ debetur, nec ſine prædio retineri poſſe nec in alium ſine prædio transferri. Illud igitur duntaxat miſero emptori ſupereſt velut remedij loco, vt ante factā retrouenditionē, & quandiu prædij dominātis dominus eſt, ſeruitutē extinguat, eius ſolius commodo qui domi-

nus sit fundi seruientis. Quid verò si nolit ille seruitutem redimere non habens fortè pecuniá in numerato? Aut quid si non nisi vilissimũ pretium offerat ei quem videt, nec alij posse seruitutem vendere quàm sibi, nec rursum posse non vendere, vti ne prorsus acquisitæ seruitutis emolumento defraudetur? Solent enim emptores eo vilius offerre pretium quo maiore vendendi necessitate obstrictum vident venditorem. An non verò iniuria fiat emptori, qui & in re sua & bona fide versatus est, si non indemnis omnimodo seruetur? Aut cur venditorem ex emptoris pecunia, & cum emptoris iniuria locupletari patiamur? Neque simile est quod obiicit Cagnolus post alios de seruitute per vassallum feudo acquisita. Feudi enim natura & conditio illa est vt quibus casibus ad dominum ex concessionis lege ab initio dicta reuertitur, feudi concessio resoluatur, perindéque sint omnia acsi feudi concessio nulla vnquam facta fuisset. Quæ res facit vt domini directi conditio durior fieri nullomodo potuerit per vassallum, sicut nec per emphyteutam, ideóque & in quæstione illa, an re feudali aut emphyteuticaria ad dominum redeunte resoluantur obligationes omnes quæ à vassallo vel emphyteuta fuerant constitutæ in ipsius rei onus & incommodum, distingui solet an res ad dominum redeat ex lege & natura feudi, an ex nouo iure, vt priore casu redeat sine onere, Posteriore casu non item, de quo fortasse latiùs suo loco tractandum erit. Neque tamen similiter possis dicere quod nos in proposita quæstione suprà diximus, non ergo posse domino etiam volenti acquiri seruitutem quam vassallus emerit, quasi ab eo emptam qui nunquam dominus fuisse intelligatur. Plus enim iuris habet is qui feudum dedit, etiam priusquàm feudum ad eum redierit, quàm habeat ille qui rem vendidit sub pacto de retrouendendo, quia nihilominus interim dominus directus manet, ac consequenter iam inde à quo instanti seruitus acquisita est, profuit ei acquisitio seruitutis, quam ideo absurdum esset tunc interidere cùm pluris iuris in ea re habere inciperet, facta dominij vtilis cum directo consolidatione. Itaque concludendum est quod nos volumus, sicut seruitus ab emptore imposita non resoluitur per secutam retrouenditionem quia eo tempore emptor dominus fuit, fuisseque semper intelligitur, licèt indemnem eo nomine venditorem seruare debeat, sic è contrario seruitutem ab emptore acquisitam ita saluam manere vel inuito venditore vt tamen indemnem à venditore emptorem seruari prorsus necesse sit.

ERROR SEXTVS.

De vitio litigiosi ob motam litem ex pacto de retrouendendo.

Si ob pactum de retrouendendo in venditione appositum agat venditor aduersus emptorem, siue actione ex vendito, siue præscriptis verbis (vtraque enim competit, vt diximus in superioribus ex *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.*) quæri solet an ex ea causa vitium litigiosi contrahatur. Id enim scin sanè quàm maximè interest, vt sciatur an possit res alienari nécne. Certi si-

qui

quidem iuris est, litigiosi vitium facere vt inalienabilis res sit quæ alioquin alienari posset. *l.1. & vlt. & tot. tit. C. de litig.* Putant autem pragmatici rem fieri litigiosam ex eo solùm quòd inter venditorem & emptorem lis pendeat de pacto retrouendendi, siue de varietate, siue de validitate & potestate pacti controuertatur. Nimirum, quia huius pacti vim illam esse volunt, vt ex eo præcisè obligetur emptor ad rem retrouendendam, tradendámque, & vt non tantùm personalis actio venditori competat aduersus emptorem, sed etiam vindicatio vtilis contra quélibet possessoré, ex sententia illa & traditione Pauli Castr. ad *l. si cum venderet* 13. *D. de pign act.* quam nos iam toties refutauimus. Ego contra nihil absurdius dici posse existimo. Litigiosam enim rem facit non quælibet incidens de ea lis & quæstio, sed illa demum quæ sit de causa dominij & proprietatis, *dicti. l. 1. iunct. Authent. litigiosa. C. de litigios.* Vnde illud est quod & pragmatici ipsi fatentur, litem quæ super hypothecaria tantùm actione mouetur, non facere vt res idcirco litigiosa videri debeat, quæ dicitur solùm obligata. Atqui ex pacto de retrouendendo, nemo vnquam dixit transferri dominium ipso iure ab emptore in venditorem, aut impediri translationem dominij, ne fieri possit à venditore primo in emptorem, sed nascitur ex eo personalis tantùm actio, aut venditi, aut præscriptis verbis, cuius potestate intendit venditor se ex noua venditione nouáque traditione dominium rursus fieri oportere, quod & pluribus à nobis supra comprobatum est. Non ergo præsentis, sed futuri dominij causam respicit lis eo nomine instituta per venditorem. Proinde nec videri potest rem facere litigiosam. Fit quidem ipsa actio litigiosa, ob idque nec alienari potest, ex *l. 2. eod. tit. C. de litig.* Sed aliud est rem fieri litigiosam, aliud actionem, sicut & aliud est actionem ipsam, aliud verò rem alienari non posse, cuius nomine actio exercetur. Actio enim ad venditorem pertinet qui ipse litigiosam eam fecit, lite instituta. Res verò ipsa pertinet ad emptorem & quidem pleno iure, cui non potest imputari cur eam non vendiderit ante motam litem, quandoquidem in eius potestate non est, ne quandoque institutam à venditore litem suscipere compellatur. Satisque illi est quod sciat fieri nullo casu posse, vt de proprietate controuersiam patiatur à suo venditore, quem de euictione habet obligatum ex *reg. l. vindicantẽ*, 17. D. *de euict.* Possit tamen quis fortasse pragmaticorum nostrorum errorem ex eo defendere, quòd statuti nostri autoritate factum est, ne res vendita sub pacto de retrouendendo alienari vllomodo possit ab emptore, quandiu venditoris ius saluum manet, vt ad retrouendendum agere possit. Inde namque proculdubio fit vt qui litem de huiusmodi pacto instituit, hoc ipsum in iudicium deducere videatur an alienari res possit, nécne. Nam si ex iudicij euentu apparebit sic factam venditionem fuisse vt retrouendere emptor cogeretur, illud etiam constabit, vendi ab emptore rem illã non potuisse. Sed tamen non eo magis rem litigiosam fieri arbitror. Statuti enim potestas, & autoritas nulla est ad faciendam rem inalienabilem, nisi cùm pactum de retrouendendo ritè rectèque interpositum proponitur, nec quicquam est quod potestatem eius impedire possit. Nos verò de illo tã tùm quærimus, an ob solam litem de huiusmodi pacto institutam, vitium litigiosi contrahatur, quod sanè longè diuersum est. Nam si contraheretur, sufficeret litem de eo institutam esse, quantumuis per calumniam, & nul-

lo iure, quemadmodum euenit cũ inter actorem & possessorem de dominio disputatur. Siue enim dominus reuera sit is qui agit, siue non sit, sufficit ad rem vitio litigiosi labefactandam, quod de dominio tractetur. Finge nullum pactum de retrouendendo re vera interuenisse, aut ita interuenisse vt ab initio fuerit inefficax ad agendum, puta quoniam nudum fuit & ex interuallo appositum, nec vlla stipulatione vallatum, aut elapsa esse tempora quæ petendæ retrouenditioni fuerant pacto præstituta. Quærimus an his casibus & aliis, si qui sunt similes ob solam litem de retrouendendo institutam, inalienabilis res fiat, de qua retrouendenda contenditur. Alioqui si ponas pactum de retrouendendo iustum & legitimum interceſſiſſe, nec quicquam obstare quominùs ex eo ritè agatur, frustra quæras an vitium litigiosi faciat rem inalienabilem, quæ licèt nulladum lis penderet, iam inalienabilis esset per statutum. Cæterùm non eò vsque statuti autoritas porrigi potest vt hoc solo fiat inalienabilis, quòd an alienabilis sit disputetur. Nec rursum litigiosi vitium commune quicquam habet cum eo quod alienabile quid dicitur vel negatur. Nam si expressa quoque conuentione inter emptorem & venditorem id actum proponeretur, ne rem illam alij quàm venditori reuendere & alienare vnquam emptor posset, constituta in eam rem expressim hypotheca, fieret quidem res inalienabilis secundùm eam interpretum sententiam, quam nos tamen suo loco refellemus. Sed non idcirco fieret litigiosa, quia non ad dominij, sed ad venditionis extorquendæ causam lis illa pertineret: esſetque actio merè in personam non in rem, nisi fortè hypothecaria, quæ vt diximus, nunquam facit rem litigiosam.

ERROR SEPTIMVS.

Si pactum de retrouendendo adhibitum sit ex interuallo, siue nudum, siue adiuncta stipulatione.

SOLET in venditionibus pactum de retrouendendo aliter atque aliter adhiberi, vno modo ita vt in ipso venditionis contractu fiat, aut incontinenti post contractum: quod nõ solùm effectu, sed etiá iuris intellectu idem est, quia quæ incontinenti fiunt, inesse dicuntur, *l. iuris gentium 7. §. quinimò. D. de pact. l. lecta. 41. D. de reb. credit.* Altero modo, separatim à contractu, sed hoc rursus dupliciter, vel ita vt pactum sit omnino nudum, vel ita vt subiecta stipulatione sit vallatum. Primo modo dubitari non potest quin pactum vtile sit & efficax ad agendum, actione scilicet ex vendito quæ ex ipso venditionis contractu competit ad id quoque porrigenda quod pacto comprehensum est, quia venditioni cum pacto commune illud est vt consensu perficiatur: quamuis possit etiam pactum producere actionem propriam quæ in factum aut præscriptis verbis appellatur, *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. si vir 12. D. de præscript. verb.* quam produceret etiamsi ad strict iuris cõtractum aliquem adhibitum proponeretur, vt in *l. cum mota. 6. C. de transact.* Neque enim contractuũ bonæ fidei & stricti iuris differentia hac parte in eo est, vt plerique putant, quòd pacta incontinenti post contractũ stricti iuris ad hi-

adhibita non possint inesse ex parte actoris, hoc est ita vt pariant actionem, sed in eo potius, quòd contractibus bonæ fidei sic insunt vt actionem ex ipso contractu forment, id facilè ferente & admittente natura actionis, quæ bonæ fidei est, in strictis verò insunt quidem, sed non formãt actionẽ, quæ quoniam stricta est extendi ad pactum nullomodo potest, nisi cùm stipulationis contractus est, vt in specie *d.l. lecta.* quoniam pactum à stipulatione non nisi paciscendi aut stipulandi animo differt, vt docuimus in Errorem secundum Decadis primæ ex *d.l.iuris gentium. §.quod fere. D.de pact.l.1.§.eum qui. D.de constit.pecun.* Itaque quoties pactum de retrouendendo aut in ipso contractu, aut incontinenti post contractum adhibetur, duplex statim nascitur actio, vna ex ipso contractu quæ non potest non esse bonæ fidei, cùm sit actio venditi, altera stricti iuris, quæ perinde competit acti contractus strictus esset, ne alioqui eueniat vt minoris potestatis esse videatur, ob id solùm quòd bonæ fidei contractus præcesserit. Omnes enim actiones, quas præscriptis verbis appellamus, semper strictæ sunt, nulla vsquam bonæ fidei: quia ex sola verborum conceptione magis quàm ex negotij natura æstimantur. Ideò autem pactum in contractu ipso aut post contractum incontinenti appositum vtile est ad agendum, quia contractui causam dedisse creditur, & probabile est, eum qui certa lege cõtraxit, non aliter fuisse contracturum: Maximè verò si in alicuius rei traditione & alienatione adiectum proponatur. Est enim generale & perpetuum vt in rerum traditionibus initas pactiones, si neque contra leges, neque contra bonos mores sint, omnimodo seruari oporteat *l.in traditionibus* 48. *D.de pact.* neque hæc distinctionis nostræ pars vllam admittit dubitationem. At cùm ex interuallo post factam venditionẽ conuenit de retrouendendo, quæ posterior distinctionis pars est, dubitari solet an ex eiusmodi pacto possit venditor agere aduersus emptorem, & retrouenditionem postulare. Quamquã autem non est ex interpretibus aut pragmaticis tam imperitus quisquam, qui nesciat ex pacto nudo agi nunquam posse, sed tantùm exceptione & æquitate pacti iuuandum esse eum qui contra pacti fidem conueniatur *d.l.iuris gentium. §.igitur nuda. de pact.* Sic tamen vulgò creditum est, agi adhuc posse ad obseruantiam pacti, non aliqua ex cõtractu aut ex pacto actione, sed officio iudicis implorato, aut adito Principe qui omne id quod conuenit obseruari præcipiat. Vt concludit Hieron. Cagnol. ad *d.l.2. C. de pact. int. empt. & vẽdit.* post Socinũ ad *l.legẽ. C. de pact.* & Iaſ. in *§.sed cum nulla. d.l.iuris gentium.* Modern. in *rubric. De verb. obligat.* Quod mihi videtur non solùm à iuris ratione, sed à publica etiam vtilitate abhorrere. Nihil enim dici aut constitui possit iniquius, quàm vt ad ea quę quis nudo pacto promiserit præstanda siue actionis iure, siue officio iudicis, siue Principis imperio compellatur. Quis enim ita posito iure litium finis futurus esset? Aut quónam obsecro iuris loco scriptum est, implorari in hãc rem officium iudicis, aut Principis iussa requiri oportere? Nisi fortè illorum errorem sequi volumus, qui putant iure pontificio etiam ex nudo pacto agi posse, *arg.cap.1. Extr. de pact.* quod tamen quàm absurdè ab ipsis dicatur, iam alio loco scripsimus pluribus, támque apertum est vt in eo nunc immorari nil sit necesse. Sed neque secundùm hanc sententiam aut de officio iudicis, aut de Principis imperio tractari oporteret, quia sufficeret competere posse actionem quam isti ex pacto dari volunt. Proinde qui de iudicis officio implorando, aut de Principis iussu extorquendo hîc disputant, fatentur hoc

Digitized by Google

ipso nullam ex pacto nudo actionem nasci posse. Qua cessante quid supereſt nisi vt inutile pactum sit ad producendam actionem? Constat siquidē obligationes omnes quæ ab initio inutiles sunt & inefficaces, neque officio iudicis neque Principis imperio, nec qua denique alia actione confirmari posse, vt ad agendum prosint, *l. obligationes 27. D. de obligat. & action.* Perratum tamen est vt tale pactum ex interuallo adhibeatur citra vinculum stipulationis, quæ & in eum præcipuè finem iure ciuili comparata est, vt pacta vestiat & confirmet, quoties putat quis sua interesse vt actionem habeat de eo quod in pactionem deductum fuit. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. obligat.* Stipulatione verò interueniente, quæ secūda supradictæ subdistinctionis pars est, nemo quidem dubitat quin venditori actio danda sit, adeóque si post stipulationem de alia re interpositam idipsum conuenerit pacto nudo, incontinenti tamen apposito. Actio, inquam, non præscriptis verbis, sed vtroque casu, vt ego quidem arbitror, ex stipulatu, quia cùm stipulationi pacta insint quæ incontinenti fiunt, vt suprà diximus, ipsaque stipulatio nihil nisi verborum obligatio sit, frustrà præscriptis verbis actionem inducamus, cùm ex ipsa verborum conceptione & obligatione alia competit actio, quæ ex stipulatu appellatur. Semper enim actio præscriptis verbis quæ & in factum dicitur siue ciuilis illa sit, siue prętoria, subsidiaria est, nec vnquam inducitur nisi deficiente iure & nomine alterius actionis, *l. 1. 2. 3. & pass. D. de præscript. verb.* quāuis in bonæ fidei contractibus, qui pleniorem, &, vt ita dixerim, largioré naturam habent, facilius sit vt actio præscriptis verbis quæ ex pacto incontinenti adiecto nasceretur etiamsi contractus strictus esset, concurrat cum alia actione ex ipso contractu competente ne alioqui noceat pacisceti quòd bonæ fidei contractum inierit potiùs quàm strictum, vt in *d. l. 2. C. de pact. int. empt & vendit.* Illud sanè interpretibus nostris & pragmaticis vulgò magis probatur pactum de retrouendendo si ex interuallo adhibitum sit adiecta stipulatione vtilius esse & commodius venditori, quàm si appositum esset incontinenti, hactenus nimirum vt venditionis contractus minùs suspectus sit, nec tam facilè simulationis præsumptio capiatur, vt non tam venditio quàm pignus reuera sub emptionis nomine contractum existimetur. Sic enim Cagnolus supradicto loco post Alex. *cons. 19. col. fin. vol. 4.* In eóque cum pragmaticis & interpretibus sentio, nisi fortè consilio fraudis comminiscendæ ab initio conuenerit vt ex interuallo pactū illud adhiberetur, quò faciliùs ea fraus occultaretur quam legitimis vsuris facere emptor vellet. Quid enim interest an pactum hoc incontinenti adiiciatur, an verò ex interuallo quidem, sed ita tamen vt ab initio conuenerit de eo quandoque adiiciendo? Imò verò tantò videri odiosior debet emptor, quantò fuit ad fraudem comminiscendam subtilior. Planè, quod fieri hodie assolet, vt venditio pura conscribatur, mox separato contractu & instrumento pactum de retrouendendo coram eodem notario iisdémque testibus subiiciatur, ridiculum est, & iudicio meo longè magis suspectum quàm si eodem instrumento & venditio & retrouendendi promissio contineretur. Neque enim negari potest simulationem hic aliquam subesse & quidem euidentem, cùm id agatur vt venditio purè, id est non tantùm sine conditione, sed etiam sine retrouendendi onere contracta videatur, quæ tamen retrouendendi onus re vera & ab initio adnexum habuit. Etsi autem non ad pignoris contra-

ctu causam ea simulatio pertinet, facilius tamen est, vt in contractu, qui iam aliqua ex parte simulatus reperitur, alia quælibet simulationis maioris præsumptio inducatur, quàm si nullo prorsus simulationis vitio laboraret. Nam quæ ratio emptores, vt ita faciant mouere solet, nempe vt elapso tempore quod ad retrouenditionem faciendam præstitutum fuit, quomodo præstitui moris est, habeat emptor penes se instrumentum venditionis nullo retrouendendi onere affectæ, nullius certè momenti nullíúsque effectus est: cùm æquè securus sit emptor qui emit sub pacto de retrouendendo post elapsa petendæ retrouenditionis tempora, atque si nunquam se ad retrouendendum obligasset, vt ex iis quæ vicesimaquinta Decade dicturi sumus apparebit. Sed & obseruandum est, quod diximus emptori consultius esse pactum de retrouendendo facere ex interuallo quàm incontinenti, eò tantùm pertinere, vt si grandis & immodica læsio in venditione interuenerit, non eo magis contractus pignoratitius & vsurarius videri debeat quàm si tale pactum nullum vnquam interuenisset: Cæterùm potest id consilium emptori damnosum esse, quod ad hoc, vt pactum huiusmodi pars pretij esse videatur. Ea namque demum pacta in venditione partem pretij faciunt, quæ in ipsa venditione apposita sunt, aut saltem incótinenti post initam venditionem, vt videri possint inesse, & causam cótrahendi dedisse aut venditori, aut emptori, qui alioquin vel nullomodo, vel maiore pretio venditurus fuerit, vel viliore empturus, vt in *l. fundi partem 79. D. de contr. empt. l. si venditor 6. in fin. D. de seru. export.* Non enim potest contractui causam dedisse videri pactum de quo contrahentes ab initio non cogitarunt, quódque non nisi post contractum perfectum & ex interuallo adiectum fuit. Ex interuallo autem adiectum interpretor, non quod post triduum, vt quidam putant, aut vt alij, sequenti die adiectum sit, sed quod vel eo ipso die, dummodo posteà quàm ad alia negotia contrahentes diuerterunt, dum ne quid per fraudem & dolo malo gestum probetur *arg. l. heredes palàm 21. §. vlt. qui testam. facer. poss.*

ERROR OCTAVVS.

De eo, qui promisit facere pactum de retrouendendo, nec fecit.

VPERIORIBVS quæ diximus de retrouendendi pacto nudo, finitima hęc quæstio est, de eo qui promisit facere pactũ de retrouendendo, nec fecit. De quo & interpretes pleriq; tractát, non quòd dubitent, quin promissio valeat quã ponunt factã esse per stipulationé (alioqui ridicula sanè esset quæstio nec vllius dubitationis) sed vt inuestigent, an qui ea promissione se obstrinxit, cogi præcisè possit ad retrouendendum, nullo etiam pacto intercedente. Putant autem posse huiusmodi promissionem sufficere ad hoc vt præcisè retrouenditio peti possit, vt inutilis circuitus vitetur, inquit Putpuratus ad *l. cùm fundus. in §. seruum tuũ imprudẽs. in 1. not ab. D. si cert. pet.* vbi & ita iudicatũ fuisse refert, ex *l. dominus testamento 53. D. de condict. indeb*

Etsi enim dici ſolet pacti tenorem obſeruandum eſſe *l.placet 3.C.de ſacroſ. eccl.* ſufficere tamen videtur vt quod ad effectum ſeruetur, licèt non quod ad verba. Nam & illud vulgò receptum eſt eum qui promiſit ſe mihi obligare in decem, poſſe rectà conueniri in decem acti iam eſſet obligatus, quamuis numquam ſe obligauerit, quam ſententiam primus induxit Ioann.Andr.ad ſpeculat in *tit. De obligat.& ſolut.* aliique poſteà interpretes ſecuti ſunt, inter quos Alex.& Iaſ.in *d.§.ſeruum tuum*, itémque Boer.*quæſt.*3. Cagnolus tamen in ſecreto iuris, vt ipſe loquitur, ſupradictã Purpurati opinionem defendi poſſe negat, quia inquit, aliud eſt facere promiſſionem de retrouendẽdo, aliud retrouendere. Ex promiſſione ſiquidem de retrouendendo datur ſolùm actio perſonalis, & competit ius ſtipulatori aut paciſcenti non in re, ſed ad rem, quod eſt debilius, ſecùs ex retrouenditione, citátque Angelum *conſ.*189.incip.*ex forma.*& Iaſ.in *l.in bona fidei.col.2. De eo quod cert.loc.* Nõ ſolet autem procedere argumentum de inutili circuitu vitando quoties magna differentia & vtilitas eſt vt vnus potiùs quàm alius actus fiat. Addit, nec quemquam compelli præcisè ad retrouendendum, ſed liberari ſi id quod venditoris intereſt præſtare malit, quod & nos in ſuperioribus probauimus non ſemel. Subiicit tamen ſaluari poſſe opinionem Purpurati duobus caſibus: Vno, ſi vt apud nos ſtatutum aliquod ſit quod ex pacto de retrouendẽdo actionem det in rẽ & aduerſus quemlibet poſſeſſorẽ, quaſi iam facta retrouenditione. Altero, ſi iuramentum emptoris acceſſerit per quod ſcilicet obligatur ille præcisè vt retrouendere compellatur. Ita Cagnol.in *d.l.2.C. de pact.int.empt.& vendit.quæſt.6.num.*104. Parum ſubtiliter, vt mihi quidẽ videtur in omnibus. Prior enim illa ratio qua mouetur contra Purpuratũ, eò tantùm pertinet vt appareat aliud eſſe ſi quis retrouendat, aliud verò ſi tantùm ſe obliget de retrouendendo. Id verò Purpuratus non negat: ſed cõtendit nihil referre an quis pactum ineat de retrouendẽdo, an promittat ſolùm tale pactum ſe initurum. Quã ſententiã ex eo refellere non poſſis quòd minor ſit, & vt ille ait, debilior poteſtas huius pacti quàm illius. Conſtat enim ſiue quis pactum fecerit de retrouendendo, ſiue dixerit ſe facturum, ius in re nullũ naſci venditori, imò ne quidẽ ad rem, ſed tantùm in perſonã emptoris, vt vel pacto ſatisfacere, vel ni faciat quanti ea cauſa venditoris intereſt præſtare teneatur. Itaque vel ex ipſa Cagnoli reſponſione conſequẽs fit vt hoc caſu locus eſſe debeat regulæ de circuitu vitando, niſi fortè in ea Cagnolus fuit ſententia vt putaret nihil intereſſe an pactum de retrouendẽdo initum ſit, an verò ipſa etiam retrouenditio fuerit ſecuta: quo tamen abſurdius dici nihil poſſet. Fruſtra enim ex pacto de retrouendẽdo daretur actio ad petendam retrouenditionem ſi ea iam pro facta haberetur. At neque illud verum eſt quod Cagnolus putat, ex retrouenditione acquiri ius in re non ad rem ſolùm. Nam ex retrouenditione ſicut & ex venditione prima nõ aliud ius acquiritur emptori quàm vt agere poſſit in perſonam venditoris, ſicut & ſi pactum ſolummodo de vendẽdo aut retrouendẽdo interueniſſet. Hac ſola differentia, quòd ex pacto de retrouendẽdo actio in id competit vt res retrouendatur; ex ipſa verò ſiue vẽditione ſiue retrouenditione vt res tradatur. Cæterùm ſi res neque vẽdatur, neque tradatur, idem vtriuſque actionis effectus eſt vt reus in id omne quod ex ea cauſa actoris intereſt, condemnetur. Tanti autem certè vno caſu intereſt quãti alio, vẽditionẽ ſcilicet aut retrouẽditionem factam eſſe. Quod verò idem Cagnolus ſubiungit,

git,posse opinionem Purpurati apud nos obtinere propter statuti quo vimur autoritatem,magis ridiculum est.Nam,vt docuimus in *Error.* 10. *Decadis præcedentis*, non illud statuto factum est, vt retrouenditio per pactum promissa pro facta habeatur,aut vt vtilis vindicatio ante factam retrouenditionem competat venditori contra tertium possessorem, quæ nec competeret aduersus primum emptorem eundémque pascisscentem:Sed illud duntaxat vt ex pacto de retrouendendo vtili & ad agendum efficaci perinde conueniri possit is qui à primo emptore causam habet, atque emptor ipse qui pactus fuit,ergo non nisi personali actione. Cúmque statuti verba eum diserte casum demonstrent, quo pactum interceserit de retrouendendo, nihil sanè causæ est cur pro eo præsertim iure inducendo, quod à iuris ratione tantopere abhorreat,ampliari debeat statuti potestas, & ad eum quoque casum extendi quo pactum de retrouendendo nullum initum sit sed de eo tantùm ineundo conuentum. Nihil enim certius est, quàm quod ipsi quoque interpretes & pragmatici toties in ore habent, Statuta omnia non nisi strictam recipere interpretationem,sed ea præcipuè quæ magis alienata sunt, & vt loquuntur,quæ exorbitant à iure communi. Nec illud rursum aut verius, aut subtilius est,quod Cagnolus fatetur Purpurati sententiæ locum esse, si emptor qui promisit se pactum initurum de retrouendendo, in eam rem, quod fieri solet,iusiurandum adhibuerit.Nam quod vulgò creditur, iurisiurandi eam vim esse vt iurantem præcisè obliget ad dandum vel faciendum id quod dari fierive conuenit, non alium effectum habere potest, quàm vt si non det vel faciat, periurus hoc ipso fiat, nec ad vitandum periurium ei prosit quod præstare malit quanti interest actoris, quamuis si iurisiurandi religio non interueniret, satisfeciisse obligationi diceretur qui quod actoris interesset,aut præstitisset,aut obtulisset. Alioqui si periurus esse quis velit, non potest iusiurandum efficere quominùs periurus esse prohibeatur, siue periurium hoc legibus vindicari velis, siue Deum solum vltorem relinquere,vt habet *l.1.C.de reb.credit.& iureiur.* Concludendum igitur est nullo casu verum esse quod voluit Purpuratus, eum qui promiserit facere pactum de retrouendendo,ex ea promissione conueniri posse vt retrouendat.Pactum enim præcedere necesse est vt ex pacto agi possit. Nam nec sufficeret fingere pactum interueniisse quod reuera nullum interuenerit, nisi illud etiam fingeres,vtiliter interueniisse. Quid enim si pactum quidem emptor fecisset, sed nudum,id est neque contractus, vt loquuntur, coherentia, neque stipulatione vestitum? An non promissioni suæ satisfeciisset? Vtique,nec tamen posset pactum illud non esse nudum quod factum esset ex interuallo. Qui enim se obligat ad pactum eiusmodi faciendum licèt se obliget in ipso si voles contractu venditionis, non ideò tamen perinde censendus est ac si eo ipso instanti pactum feciisset,quia secuto pacto non ex promissione illa conueniri amplius potest cui iam satisfecerit, sed aut nullomodo, aut ex pacto ipso quod de retrouendendo subsecutum est, conueniri debet : Proinde non eo minùs pactum nudum videri debet, non secus ac si de eo ineundo nulla promissio præcessisset. Promissio namque facit, vt pactum illud quandoque fieri oporteat,non etiam vt quandocunque secutum, iam inde ab initio & ab ipso contractus tempore factum esse intelligatur. Nec ad rem pertinet, si quis obiiciat,Pactum hoc quandocunque secutum partem pretij, facere vt tantò pluris res væniisse existimetur secundùm ea quæ disputauimus de-

cad.9.Error.vlt. Id enim negandum est, & separandum hac etiam in re vt in cæteris omnibus pactum ipsum à promissione de paciscendo. Fateor promissionem illam paciscendi de retrouendendo si incontinenti facta sit non minùs precij partem facere quàm si pactum de retrouendendo iam tùm iniretur. Verum enim est neque aliter venditurum fuisse venditorem, neque tam paruo precio comparaturum emptorem si de retrouendendi onere cogitatum nihil fuisset. Sed non ideò consequens est vt pactum quoque de retrouendendo videri debeat pars contractus, si fortè post dies & menses aliquot initũ proponatur. Sed & finge promissionem hanc de qua tractamus paciscendi de retrouendendo non incontinenti factam esse, sed aliquo post contractum interuallo, interposita tamen, vt fieri eo casu necesse esset, stipulatione. Quis dicat incontinenti factam videri pactionem quæ secuta sit ex promissione non incontinenti adhibita, sed ex interuallo? Aut obid magis agi posse ex huiusmodi pacto nudo, quod interpositum fuerit in consequétiam vtilis promissionis, ex qua potuit emptor conueniri vt ita paciscereretur? Hoc verò si ita est, vt ex præcedentis stipulationis viribus non possit vires sumere, & efficax fieri pactum quod per se nudum est, cur aliud probabimus in pacto, cui non stipulatio causam dederit, sed pactum anterius licèt adhibitum in ipsa venditione, aut incontinenti post initam venditionem? At nec illud facilè probare possum quod ex Ioannis Andreæ sententia tanto interpretum consensu receptum video, vt qui promisit se obligare in decem, tametsi nunquam se obligauerit tamen ad ea decem soluenda vtiliter conueniri possit. Quomodo enim fieri queat, vt priùs quis conueniatur quàm sit obligatus? An non perpetuò verum est, quod & interpretes iactitant obligationem esse matrem actionis? ex *l.licet* 43.*§.ea obligatio. De procurat.* Imò verò, inquies, iam obligatus est qui promisit se in decem obligare si per stipulationem promiserit. At non ad decem, inquam, sed ad hoc solùm vt in decem se obliget: quæ obligatio nullius momenti esset & inutilis, si hoc ipso pro iam obligato haberetur, cur enim se magis obligaret, qui iam satis obligatus esset? Rursum quomodo potest obligatio inutilis vtilem producere actionem? Nam quod affertur de circuitu vitando ex *d.l.dominus testamento* 53. *De condict.indeb.* ad propositam speciem accommodari non potest, in qua agitur non de danda actione, sed de inducenda obligatione. Facilùs datur actio ex iam nata obligatione quàm obligatio inducatur, quia nascitur actio ex obligatione sola iuris potestate, quæ obligatio iuris quoque est cùm iuris vinculum diffiniatur. At obligatio non nascitur nisi ex facto, factum autem lex numquam supplet, vt vbi non interuenit, interuenisse videatur. In actionibus quia iuris sunt, euenit aliquando vt earum inter se coniungendarum celeritate altera occultetur, quemadmodum ait *l.3.§.penult.D.de donat.int.vir.& vxor.* In obligationibus, nunquam: quia prius est vt obligatio sit quàm vt occultetur. Vt taceam quod docui *lib.6. Coniect.iur.ciuil.* Triboniani esse potiùs quàm Iureconsulti quod in *d.l.dominus*, de vitando circuitu scriptum est. Qua de re plura ideò hîc non scribemus.

ERROR

ERROR NONVS.

De emptore qui ad retenendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contrà.

HÆc quoque quæſtio ab interpretibus noſtris tractata eſt, adeò ſunt illi diligentes in caſibus ferè omnibus qui ex facto incidere poſſunt perquirendis. Vtinam in perſcrutanda aut reperienda iuris ratione eſſent adeò perſpicaces. Quæſtionis autem vtilitas duplex potiſſimùm eſt, vna ſi de rei dominio, altera ſi de fructibus quæratur. Nam cum emptor qui ad retrouendendū obligatus erat rem ipſam reſtituit venditori, & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, poteſt de dominio incidere quæſtio non ſolùm inter emptorem ipſum & venditorem, quod ſanè difficilius fuerit, ſed etiam inter venditorē qui fortè poſſeſſionem amiſerit, & alium quemlibet factum poſſeſſorem, ſi rem illam à nouo poſſeſſore vendicare vēditor velit. Tritum enim illud eſt, Aduerſus extraneos, id eſt qui domini non ſint, etiam vicioſam poſſeſſionem prodeſſe *l. vlt. D. de acquir. poſſ* præſertim verò aduerſus vindicantes, cùm nō alius vindicare rem poſſit, quàm qui dominum ſe probet, licèt is qui poſſidet nullo iure poſſideat *l. vlt. C. de rei vindicat.* Quæſtio igitur in eo eſt, an ex illa reſtitutione, & retrotraditione quam emptor fecerit, tranſlatum ſit dominium in venditorem, etiamſi retrouenditio nulla præceſſerit. Ná ſi trāſlatū eſt, habebit venditor ius rei à poſſeſſore quolibet vindicandæ, ſi minùs, non habebit. Idémque de fructibus iuris eſt: quia cùm non ſeminis, ſed ſoli iure percipiantur, vt ait Iulianus in *l. qui ſcit 25. § 1. D. de vſur.* dominij cauſam omnimodo ſequuntur, tanquam acceſſiones naturales, quæ idcirco & cauſæ appellatione continentur, ita vt ſi ab eo percepti ſint qui dominus fuit, non poſſint ad eum non pertinere. Habuit autem hæc quæſtio, cùm ali quando ex facto inciſſet, diſſentientes grauiſſimos viros, & primi tùm in Italia nominis Iureconſultos Iaſonem & Purpuratum, vt Cagnolus refert ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Iaſon negabat perceptos à venditore fructus ad eum pertinere poſſe, quaſi in quem dominium tranſlatum non fuiſſet. Purpuratus contrà affirmabat ſatisfactum conuentioni ab emptore, qui rem à ſe emptam ſub pacto de retrouendendo venditori ſuo reſtituiſſet, & nulla etiam præcedente retrouenditione tradidiſſet. Quam ſententiam vti veriorem ſequitur Cagnolus, eámque in tribunalibus receptiorem eſſe teſtatur. Pro Iaſone illa potiſſimùm ratio vrget, quòd cùm per venditionem licet ſub retrouendendi onere initam, dominium rei venditæ tranſlatum fuerit in emptorem, adeóque vt probauimus in ſuperioribus, irreuocabiliter, & pleno iure, non aliter videatur dominium illud redire poſſe ab emptore ad venditorem, quàm ſi numquam fuiſſet venditoris, quia licèt ſecunda nō prima venditio ſit, adeóque in conſequentiá prioris fiat, tamē noua vēditio eſt, iiſdémque ad transferendū dominiū legibus & ſollennitatibus omnino perficiēda. Atqui cōſtat ita ius eſſe, vt ex ſola traditione quāuis à vero domino facta transferri dominiū non poſſit, nec ſi dominus habuerit animum trāsferendi, niſi adſit etiam iuſta cauſa, hoc eſt titulus aliquis qui iure ciuili ad transferēdum dominium habilis & iuſtus exiſtimetur, qualis eſt vēditionis,

Alioqui nuda dicitur esse traditio, ex qua proinde transferri dominium nũquam potest *l. nunquam nuda 31. D de acquir. rer. domin.* Neque verò sufficeret præcessisse pactum de vendendo si ante traditionem venditio nulla secuta esset: quia non sicut venditio, ita & pactum de vendẽdo iusta causa est trãsferendi dominij. Iustam iquidem causam appellamus quæ iure ciuili cognita sit & probata. Ius autem ciuile pacta nuda non agnoscit, quorum tuitio tota est ex iurisdictione prætoris. Nam & inde fit quod nos non vno Coniecturarum nostrarum loco monuimus, vt si heres fundum alicui tradiderit ex causa fideicommissi, non idcirco tamen dominium in fideicommissarũ transtulisse dici possit, quia nec fideicommissa iure ciuili cognita sunt, sed pendent ex Prætoris fideicommissarij iurisdictione *l. 3. D. si vsusfr. petat.* Cur ergo faciet pactum de retrouendendo, nulla secuta retrouenditione? Quò etiam pertinet, quòd cùm exceptio rei venditæ & traditæ emptori accommodari soleat, *tot. tit. de except. rei vendit. & trad.* exceptio tamen rei traditæ, quæ vendita non sit, nulla est, quia non magis retinẽdi quàm petendi ius præbere potest traditio quæ causam non habet. Plus dico, etiamsi pecuniam quis ab alio acceperit, eique vicissim rem aliquam tradiderit, nulla expressa causa, nullóque ineundæ venditionis tractatu præcedente, nullam tamen dominij translationem fieri, si non alia iusta contrahendi causa fuit, puta neũdi contractus innominati, do vt des, qui à venditione multùm distat, tum etiam cùm datur pecunia vt res accipiatur *l. vlt. D. de condict. caus. dat.* de cuius sententia scripsimus *lib. 6. Coniect.* Tunc enim venditio contracta intelligi debet cùm pro re datur pecunia pretij nomine, & consequenter cùm venditionis tractatus aliquis præcessit, quandoquidem extra causam emptionis de precio tractari nunquam potest *l. 1. D. de rer. permut.* Atque ita proculdubio accipi debet quod scriptum est in *l. naturalis 5. §. 1. D. de præscript. verb* cõtractam intelligi venditionem & emptionem si pecunia pro re detur. Sed tamen Purpurati sententia verior sanè est, neque dubito quin potentius sit pactum de retrouendendo ad transferẽdum per solam traditionem sine retrouenditione dominium, quàm pactum de vendendo nulla secuta venditione. Illud enim semper obseruandum est, cùm pactum de retrouendendo dicimus, de eo nos intelligere quod vel in ipsa vẽditione adhibitum sit, vel incontinenti post perfectam venditionem, alioqui esset inutile & inefficax ad agendum. Porrò, cùm in ipsa rei alienatione pactum tale factum est de retrouendendo, negari non potest quin retrouenditionis tractatus præcesserit, & quidem eiusmodi qui causam dederit ineundæ venditioni, quam alioquin venditor non fuerat contracturus. Quidni ergo sufficiens erit causa illa dominij transferendi si retrotraditio ex placiti fide postmodum sit secuta? Non enim pactum nudum est quod contractus cohærentia vestitur, nec proinde iure ciuili incognitum, quod pars est eius contractus quem ius ciuile agnoscit & probat. Ergo neque nuda traditio est, quæ iustam hanc causam habet. Quod si non nuda, Ergo vtilis & efficax ad dominium trãsferendum: & consequenter nil necesse est intercedere retrouenditionẽ, quæ etiamsi facta esset, efficere tamen non posset vt tantò maior aut iustior trãsferendi dominij causa videri deberet. Quæ enim iusta est non potest magis fieri iusta, aut quæ habilis est magis habilis, sicut nec magis meum quod iã est meum. Idque ita esse ex eo quoque apparet, quòd si pactum ita conceptũ esset, vt restituto quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus restitue-

ſtitueretur, nulla retrouenditionis facta mentione, dubitari non oporteret, quin citra retrouenditionem dominium ex ſola traditione transferretur. Cur enim retrouenditionem requireremus, quam cõtrahentes neceſſariam eſſe noluiſſent? Aut cur non redeat dominium ea ipſa lege quæ dicta eſt à venditore alienante? Denique ſufficit traditionem non eſſe nudam, vt ex ea dominium transferri poſſit, vt verò nuda non ſit, ſufficit quòd cauſam habeat à contractu iuſto & legitimo ſiue venditionis contractus ille ſit, ſiue retrouenditionis: vt probatur non malè ex *d. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* quæ de pacto eſt de reſtituendo, non de retrouendendo. Neque aliud videri debet ſi promiſſa ſit retrouenditio per ſtipulationem licèt adhibitam ex interuallo nam & ſtipulatio ſi modò iuſtam ipſa cauſam habeat, iuſta cauſa eſt dominij transferendi *l. vbi autem* 75. *§. vlt. de verb. oblig.* Et ſanè, ſi quo vnquam caſu locum habere poteſt, quod interpretes tractant de circuitu vitando, obtinere hîc debet, vt qui ex lege venditionis dicta retrouendere & retrotradere obligatus eſt, ſola retrotraditione vtrumque explere intelligatur. Fructus igitur quos ex eo tempore venditor perceperit, ad ipſum vtique pertinebunt, quandoquidem etiamſi dominium per traditionem trãſlatum non eſſet, fructuum tamen rationem exinde haberi oporteret, tãquam ex die moræ *d. l.* 2. cùm is qui & retrouendere & reſtituere debuit, ſi duntaxat reſtituerit, hoc ipſo in mora ſit retrouendendi, iure ita per ſuppoſitionem cõſtituto, vt nõ ſufficeret citra retrouenditionem reſtituiſſe. Itaque fructus qui venditoris facti nõ eſſent ſola perceptione, fierent eius omnimodo cõſumptione, quia nunquam eſſent reſtituẽdi: Ex iuris regula, quæ habet, dolo facere eũ qui petat, quod illi ipſi à quo petit ſtatim eſſet reſtituturus, *l. ſi ſocer* 43. *§. Lucius. D. ſolut. mat.* An ergo ſimiliter dicemus, ſufficere poſſe venditori quòd emptor retrouendi dederit ſi retrotraditio nulla ſit ſecuta? Minimè verò. Nam traditio illa eſt, quæ dominũ tranſfert, non conuentio, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Cúmque in propoſita ſpecie duplicem cauſam habeat traditio ne ſit nuda, vnam quæ ex ipſo contractu venditionis, alteram quæ ex retrouenditione pendeat, facilius eſt vt ad transferendum per traditionem dominium alterutra ſufficiat, quàm vt vtraque concurrente, traditio ob eam cauſam minùs neceſſaria videri poſſit. Totus enim effectus tranſlati dominij traditioni accepto ferendus eſt, nõ cauſæ ex qua tranſlatum eſt dominium, quam nec requirimus niſi ad traditionem confirmandam. Traditionem igitur interuenire prorſus neceſſe eſt, aut quid aliud quod vice traditionis eſſe poſſit, vt puta ſi paſſus ſit emptor vt fundi retrouenditi poſſeſſionem venditor propria autoritate acceperit, fructúſque ex eo perceperit. Cæterùm ſi ſola retrouenditione venditor nitatur, dominiúmque vindicet, non poteſt meo iudicio nõ vinci, ſiue contra emptorem ipſum agat, ſiue contra extraneum poſſeſſorem, ſed multò magis ſi contra extraneum. Planè ſi venditor ipſe poſſideat, & dominij quæſtionem ab emptore patiatur, qui ſi non potuerit retrouenditio ſufficere ſine traditione ad dominium transferendum, nõ inutiliter ſe tuebitur pacti & doli exceptione cùm ex pacto nõ ſolùm retrouendere, ſed etiam retrotradere emptor debeat, dolóque malo idem emptor faciat qui ius aliquod ſibi quæſitum velit ex eo ſolùm, quod nõ fecerit, quicquid ex iuſta conuentione facere eum oportuit. Potiùs enim pro facto in eius præiudicium haberi id debet, nec iuſtè poſſumus exceptionem & retentionem ei denegare, cui daremus etiam actionem.

603

ſtator rupto quandocũq; teſtamento inteſtati exitũ facere cœpit, perinde habẽdus eſt, ac nũquam teſtatus fuiſſet ne alioqui euenturum illud ſit, vt pro parte temporis teſtatus, pro parte inteſtatus videatur: quod ſanè abhorret à vera vulgatáque iuris ratione. Etſi enim querelæ ius ſingulare eſt, vt ex poſtfacto facere poſſit teſtatoré pro parte teſtatum & pro parte inteſtatũ, *l. circa 18. eod. tit.* Id tamen ad partem bonorũ referẽdum eſt, ſi fortè plures ſint heredes quorũ vnus in ea lite vicerit, alter ſuccubuerit, nõ autẽ ad partẽ temporis, quia difficilius eſt vt pro parte temporis quàm vt pro parte bonorum teſtatus quis ſit, & pro alia parte inteſtatus, quoniã reſciſſio quæ fit per querelam, quatenus reſpicit tempus, tota dirigitur in id tẽpus quo factum eſt teſtamentum, cũ dirigatur in ipſum teſtatoré, vt non ſatis ſuæ mentis fuiſſe exiſtimetur. Itaq; pati nõ poteſt vt vel minimo tẽporis momẽto teſtamentum valuiſſe dici poſſit. At quatenus reſpicit bona, nõ afficit vniuerſitatẽ bonorum, quia neq; in bona ipſa datur, neque cõtra lignum vt bonorũ poſſeſſio cõtra tabulas, id eſt, contra teſtamẽtum, ex cuius iure pendet ipſum quoque ius vniuerſitatis bonorum, quæ defuncti fuerunt, ſed cõtra heredẽ, ergo pro ea duntaxat bonorum parte, ex qua heres ille eſt qui cõdemnatus fuit, aut ex qua heres ab inteſtato eſſe poſſit is qui cõqueritur, ſi fortè alius ſit in eo iudẽ & cõquerendi iure, & ſuccedendi gradu. Rupto igitur per querelã inofficioſo teſtamento, illud cõſequens eſt, vt legata nullomodo valeãt, quæ in eo relicta fuerunt, licèt agnita ea præſtitáq; proponãtur. Nec proinde nihil eſt in ea ſpecie quã Pap. tractat, fructuario qui proprietatem ex legato acceperat, & per aliquod tempus retinuerat ſaluum eſſe vſumfructum, quaſi nunquã cõſolidatum, quia neque proprietas vllo vnquã tempore fructuarij fuiſſe intelligitur. Idq; eſt quod Pap. ait, *apparere ex poſtfacto no fuiſſe amiſſum vſumfructũ*. Nõ ait fuiſſe amiſſum, ſed tamen amiſſa poſtmodũ proprietate reſtituendum eſſe aut reſuſcitandum, vt de iure pignoris ſcriptum eſt in *l. ex ſextãte §. vlt. D. de except. rei iud.* Negat amiſſum fuiſſe, idque ex poſtfacto apparere ait, quia quandiu teſtamentum per querelam ruptum & reſciſſum non eſt, videtur ſanè amiſſus quandoquidem tamdiu teſtamentum valet, re vera tamen in ſuſpenſo eſt, ſicut & teſtamentum ipſum impendenti eſt, non an valeat, ſed an futurum ſit vt nunquã valuiſſe exiſtimetur, quod in eo eſt vt rum pi adhuc poſſit: quemadmodum dici ſolet de eo qui captus eſt ab hoſtibus, quãdiu in ciuitatem redire poteſt iura eius nõ tã abrupta eſſe, quàm ex poſtliminij conſtitutione ſuſpenſa intelligi debere *l. illa 32. §. 1. D. de her. inſtit.* licèt verum ſit interim eum eſſe in ſeruitute, *l. pen. D. de ſuis & legit.* At in ea ſpecie de qua tractamus, id eſt, cùm fundus, in quo vſusfructus alienus erat, vẽditus eſt fructuario à domino proprietatis, ſub pacto de retrouendẽdo, licèt in pendenti ſit an emptor retrouenditurus ſit, nẽcne, tamen neque emptoris ius idcirco dici poteſt eſſe in ſuſpenſo, neque ſecuta etiam retrouenditione & retrotraditione, in eum ſtatum rem deduci, vt nunquam emptoris fuiſſe videatur. Nã vt toties diximus in præcedẽtibus, neque pactum de retrouendendo, neq; retrouenditio ipſa impedit quominus id quod hac lege venditum eſt, acquiratur emptori irreuocabiliter & pleno iure, multò minùs verò facit vt ex quo tempore res retrouendita eſt, nunquã emptoris fuiſſe intelligatur: quia retrouenditio quæ nihil niſi ſecunda venditio eſt neque reſoluit, neque reſcindit primam, ſed eam potiùs in neceſſarium antecedens ſupponit. Prioré enim ſubſiſtere, ſempérq; ſubſtitiſſe neceſſe eſt vt

posterior habilis sit & efficax ad dominium transferendum in venditorem. Nec quod per retrouenditionem iterum dominus fit venditor, qui per primã venditionem esse desierat, aliud quicquam potest inducere, nisi vt eodẽ tempore desinat emptor dominus esse, qui in illum vsque diẽ fuit: nõ etiam vt desinat fuisse, quomodo contingeret vendita re sub lege commissoria, vel sub pacto addictionis in diem. Semper igitur verũ est ab eo initãti quo fructuarius, isémque emptor factus est dominus proprietatis, consolidatum fuisse vsumfructũ cum proprietate, eámq; consolidationẽ semper mãsisse, neque ex postfacto magis quàm ab initio quicquã emergere, quod effectũ illum consolidationis inanem & irritum efficere queat ad vsumfructũ emptori restituendũ. Quod cùm ita sit, cõcludendum est aduersus Castrensem & Cagnolum, amissum in proposita specie vsumfructũ & per cõsolidationẽ extinctũ, ex causa secutæ retrouenditionis resuscitari & reuiuiscere nunquã posse, nõ magis quã si retrouenditio illa esset merè volũtaria, nõ facta ex præcedentis conuentionis necessitate. An ergo eiusmodi iactura emptorẽ afficiatur, qui necesse habet retrouendere? Illud quidem fortasse quis tentare posset, imputare emptorem sibi debere, non cur pactus sit de retrouendẽdo, sed cur eam rem emerit, in qua iam vsumfructum habebat, & quam sciuit saluo vsufructu suã fieri nõ posse. Sed tamen cùm tantò pluris res vẽdita videatur, eáque vsusfructus amissio partem pretij efficiat, quia tantundem abest emptori ex causa emptionis, iniquũ sanè fuerit morari eum in dãno, cùm neque in culpa vlla sit, nisi fortè venditor ei vult imputare, cur tanti emerit rem quam eodem precio idem venditor sibi retrouendi voluerit. Videtúrque hæc res expeditum habere tractatum, si cõuenerit simplicitet, id est, nulla pretij taxatione facta vt eodem pretio fundus retrouenderetur. In pretio enim esse intelligetur, non ea solùm pecunia quæ ob venditionẽ numerata fuerit ab emptore, sed quanti etiam vsusfructus eo tempore æstimari potuit arbitrio boni viri, nec proinde aliter audiẽdus erit venditor petẽs retrouenditionem quã si cum pretio cõuento offerat etiã æstimationem vsusfructus, si nõ paratus sit consentire vt ex retrouenditione vsusfructus qualis quantúsque fuerat restituatur, & restauretur. Nõ enim videri potest dolo malo facere emptor, qui retrouẽditionẽ recusat, ex qua damnũ sensurus sit iniustum & sine causa. Itaque vel indẽnitas ei præstãda est, vel de ea quandocunq; præstãda caueri & satisdari oportet, vt & in specie *l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell.* de qua scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 17.* Satísque fauemus vẽditori in eo, quòd electionẽ illi damus, an vsumfructũ restaurari an æstimari malit. Sed si cõuentio illa fuit vt fundus centũ aureis fructuario vẽditus eodem pretio centum aureorum venditori retrouẽderetur, cùm tã aperta & præcisa sint cõuentionis verba, vt de vsufructu, siue restaurãdo, siue æstimãdo nullã admittãt interpretationẽ, nihil aliud superest quod pro emptore dici possit quominus sui vsusfructus iacturã sentire debeat qui ea lege nõ coactus, sed spõte accessit ad emptionẽ, licèt inuitus retrouẽdat. Imputare namq; sibi debet cur tãti æstimauerit rẽ illã habere, quã putauit fortasse nũquã se retrouẽditurũ, cũ multa incidere possint quæ faciãt ne vlla vnquã retrouenditio sequatur, vt puta si redimere vẽditor nolet, aut nõ poterit, fortasse nõ habẽs in numerato quatũ satis sit ad emptori offerendũ, aut si præstituta redẽptioni tẽpora priùs effluẽt quã redimẽdi facultas adsit, quod iis ferè omnibus euenit, qui à redimendi iure temporis præscriptione summouentur.

ANTO-

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA QVARTA.

ERROR I.

De hypotheca rei venditæ sub pacto de retrouendendo, ex solo pacto inducenda.

NECESSARIA interdum hæc quæstio est, an is qui rem emit sub pacto de retrouendēdo hoc ipso eā vēditori obligare, in eāq; hypothecā cōstituere intelligatur, si fortè emptor eā rē alienauerit, & aduersus possessorē agere venditor malit, ad rē auocandā, quàm aduersus emptorē ad indēmnitatem præstandam. Magis autē probatū video, nec vllo ferè discrepāte, huiusmodi conuentionis potestate hypothecam induci siue expressam illam esse, siue tacitam vocare velis. Quam sententiam Bartol. Baldúsque priores induxerunt ad *l. 3. §. post diuisionem. D. qui potior in pignor. hab. & ex l. creditores. 3. C. de pign.* Nec dubitat, quin vera sit, Andr. Tiraq. *de retract. conuent. §. 3. num. 9. glos. vnic.* Ego contrà, falsam esse contendo. Quid enim est in pacto de retrouendendo, siue conuentionis verba spectemus, siue mentem paciscentium quod hypothecam possit inducere, quæ nec ex retrouenditione ipsa induceretur? Nemo siquidem negauerit plus esse si quis retrouendat, quàm si se obliget ad retrouendendum: nec possis respondere quod pragmaticus quidam aliquando respondebat, per retrouenditionem pignus non contrahi, quia dominium in venditorem eundémque nouum emptorem transfertur, eadem autem res quæ alienatur, obligata nouo domino esse non possit. Falsum enim est per retrouenditionem dominium transferri, quod sanè per traditionem solam transfertur, vt docuimus in *Errorem 9. Decadis superioris.* Itaque quandiu res retrouendita nondum est in dominio venditoris, nihil vetaret obligari eam pignori, vt si fortè postmodum alienaretur, posset venditor actione in rem proposita ipsam auocare, si retrouenditio sufficere in id posset, quomodo dicimus venditorem, qui totum pretium nondum accepit, si vrgeatur ab emptore ad rem tradendam, velut taciti pignoris iure posse rem quam vendidit, retinere, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de action. empt.* licèt quod magis est, non eò minùs maneat dominus, quandiu ex venditionis causa rem nondum tradidit, *§. vendita. Instit. de rer. diuis.* Neque sanè dici potest quid aliud iuris ex huiusmodi pacto acquiri possit venditori præter-

quàm in perſonam emptoris, vt obligatum eum habeat de retrouendendo quem alioqui non haberet. Cúmque nos de eo pacto loquamur, quod in ipſo venditionis contractu adhibetur ne ſit nudum, dominium autem ex ſola venditione non transferatur ante traditionem, apparet nec ſi emptoris voluntas illa ſit, vt per pactum pignus contrahatur, poſſe tamen pignus ab eo conſtitui in re quæ nondum ſit ſua, *l.12. D. de pignor. act.* Neceſſe enim eſſet ad vtilem pignoris conſtitutionem, vt in id ſaltem tempus conferretur quo dominium emptori quæſitum eſſet, quod non fit per pactum de retrouendendo. Etſi enim huius pacti verba futurum tempus demonſtrant non præſens quod ad retrouendendum pertinet, futurum tamen tempus non illud eſt quo dominium erit quæſitum emptori, ſed quo venditio perfecta erit, quæ porrò perficitur etiam priùs quàm dominij tranſlatio inducatur per ſubſecutam traditionem. Itaque ſi poneres eum qui ſub hoc pacto emiſſet, ſtatim poſt perfectam emptionem & ante traditionem retrouendidiſſe, dubitari non oporteret, quin pacto abundè ſatisfeciſſet, tametſi dominus rei venditæ nunquam fuiſſet, nec vllum proinde dominium in venditorem ſuum tranſtuliſſet. Quid enim aliud ab eo exigamus, niſi vt quicquid iuris ex emptione nactus eſt, venditori ſuo retrouendat? Aut cur requiramus, vt transferat dominium quod nondum habet, aut vt priùs nanciſcatur dominium quod in eum ipſum venditorem mox ſit tranſlaturus? Præſertim cùm nihil prohibeat alienam quoque rem vendi poſſe, *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Sitque extra naturam venditionis vt dominium rei venditæ tráſferatur in emptorem, niſi quòd id fit per conſequentias cùm venditor dominus fuit. Quis verò dixerit hoc ſaltem caſu quo emptor nunquam fuerit dominus rei emptæ ſub pacto de retrouendendo, fuiſſe rem illam venditori obligatam, vt retrouendi aliquando deberet? Quòd ſi hoc caſu pignus nó cõtrahitur, an tũc potiùs contrahetur, cùm ex cauſa venditionis ſecuta erit traditio, tranſlatúmq; rei venditæ dominium in emptorem? Quis neſcit pignoris obligationem & cõſtitutionem totam ex conuentione æſtimari, nõ ex eo quod poſt cõuentionem poſſit emergere? Sunt autem ſuaues mehercule pragmatici, qui vt probent pactũ de retrouendendo inducere hypothecá, adferunt Papiniani reſponſum in *d. l. 3. poſt diuiſionem. D. qui potior. in pigno. hab.* probántq; ex eo loco pactum de vendẽdo eiuſdem eſſe poteſtatis vt pignoris cõuentionem & obligationem per æquipollentia verba inducat. Quod omnino falſum eſt, & à Papiniani ſentẽtia & ſubtilitate prorſus alienũ. Pactum enim de vendẽdo, de quo Papinianus eo loco tractat, nõ illud eſt quo quis promittat ſe alteri vẽditurũ, ſed quo quis alteri permittat, vt ipſius permittentis rem diſtrahat: quæ promiſſio quantum à promiſſione diſtet, ex eo apparet, quod promiſſio perſoná promittẽtis obligat, promiſſio verò nõ tá perſoná afficit, quàm ré ipſam cuius diſtrahẽdæ ius creditor nãciſcitur. Quo enim iure creditor alienã ré diſtrahere poſſet, ſi nõ ius neceſſariũ antecedẽs pignus cõtractum intelligeretur? Nõ poſſet ſanè nomẽ ſolum iúſq; creditoris in eá ré ſufficere, vt ex eo cõſtat, quod tum etiá cùm debitor iá condẽnatus eſt, nõ priùs tamẽ eius bona in iudicati executione diſtrahi poſſunt quàm in iis ius pignoris cõſtitutum ſit per capionem iudiciali autoritate facta, *vt. l. à Diuo Pio 15. D. de re iudic.* Et verò ſi pactum ſimplex de vendendo, id eſt, quo quis promiſiſſet ſe alteri venditurũ, ſufficere poſſet ad inducendam hypothecam, conſequens fieret, vt inutile dici non poſſet quantumuis nudum eſſet:

eſſet:quia nudum de hypotheca pactum ſufficit ad inducendam hypothecariam,propterea quod hypothecæ obligatio non principalis, ſed acceſſoria tantùm eſt.Proinde haberet creditor actionem in rem ad auocandā hypothecam,qui tamen in aduerſarium ipſum cuius res eſſet, nullā prorſus ex pacto nudo actionem habere poſſet.Sic eueniret vt eade pacto per eadē verba & obligationem perſonalē induceret & hypothecariā,quod tamen non magis fieri poteſt quàm vt eadem principalis obligatio ſit,quæ acceſſoria, & contrà, nō ignoro,naturali obligationi qualis illa eſt quæ ex pacto nudo cōtrahitur accedere poſſe hypothecā ſicut & fideiuſſorem,*l. Grace* 8.§. *adhiberi. D. de fideiuſſ.* quia licèt obligatio acceſſoria nō poſſit eſſe plenior aut durior quàm principalis,nihil tamē vetat,quin ſit efficacior ad agendum. Neq; illud rurſum neſcio fieri facilè poſſe & verò vſuuenire quotidie vt eodē contextu verborum, & principalis obligatio & hypotheca contrahatur,id eſt, eodem contractu,& in eodem inſtrumento. Sed hoc cōtendo,non poſſe vtrumque fieri iiſdē verbis,vt & principalis obligatio & hypotheca inducatur.Aliis enim verbis opus eſt ad perſonam:aliis ad rem obligandam.Atqui cùm quis ita paciſcitur vt promittat ſe alteri venditurum,de ſe tantùm, non de re ipſa paciſcitur,ſuámque dūtaxat perſonā afficit vt aut naturaliter tantùm obligetur,ſi pactum nudum fuit,aut etiā ciuiliter, ſi vel contractus cohærentia vel ſtipulatione veſtitum proponatur.Quis ergo admittat vt iis ipſis verbis hypotheca inducatur? Nam neque iuris ratio,aut naturæ ordo pati poteſt,vt contrahatur obligatio pignoris aut hypothecæ quin ſubſit rā, præcedatque principalis obligatio, quæ porrò fieri non poteſt vt præcedat tēpore, ſi iiſdē ipſis verbis quibus & hypotheca cōtrahatur.Nec ſanè apud Papinianū perinde poſſis dicere obligationem principalem & hypothecariam iiſdem verbis conſtitutam videri.Nā principalē obligationem liberādi prædij quod vnus ex fratribus pro indiuiſo obligauerat, inducebat pactum diuiſionis, mutuis traditionibus ſubſecutis confirmatū, cùm ex facto fratris rem communem pro debito proprio in ſolidum obligātis,ius alterius fratris ignorantis lædi, ipſiúſque portionem pignoris inutiliter cōtracti vinculo & incommodo affici non oporteret:hypothecā verò inducebat pactū illud quo cōuenerat,vt ſi frater ille qui rem obligauerat,pignus non liberaſſet, liceret alteri partem vendere partis ex diuiſione quæſitæ.Propter quam cauſam non inſubtiliter Papinianus reſpondet creditorem priorem cui alter ex fratribus altero inſcio rem communem obligauerat,non eſſe ſecundo potiorem,quia ſecundū pignus ad eam partem directum erat,quā ſocius ignorante ſocio non potuerat vtiliter obligare.In quo illud etiā obſeruandū eſt non ita loqui Papinianū vt dicat ſecundū creditorē eſſe potiorē, ſed ita vt priorē potiorē eſſe neget, quia ſecūdus in propoſita ſpecie non tā potior quàm ſolus inuenitur, vt in alio caſu quāuis diſſimili elegāter idē Papinianus reſpōdit in *l. 2. D. eod tit. qui potior in pign. hab.* Cæterùm ſi verū illud eſt quod probauimus,ex pacto quo quis promittat ſe alteri venditurū, hypothecā nullam naſci,æquè fatendum eſt, nec ex pacto de retrouendendo vllam naſci poſſe.Similiter enim ſe habent, vt & pragmatici ipſi fatentur. Quod verò iidem obiiciunt ex *l. creditores* 3. *C. de pignor.* minùs ad rem facit. Quid enim aut commune aut ſimile habet pactum de retrouendendo, cum pacto quo conuenit vt creditor ingredi poſſit propria autoritate poſſeſſionē bonorū debitoris:Illud in perſonā,hoc verò in rem conceptum eſt:

nec proinde mirum videri debet ex hoc pacto hypothecam induci, non etiam ex illo. Cur enim creditori licere debeat ingredi possessionem bonorum debitoris, si non priùs ea bona habeat obligata? Quamquam & circa illius legis sententiam pactique de quo ibi agitur interpretationem, pragmatici & interpretes multa peccant, de quibus alio loco fusiùs & commodiùs disseremus.

ERROR SECVNDVS.

De expressa obligatione rei venditæ sub pacto de retrouendendo, ne in alium, quàm venditorem alienari possit.

SVAVITER Andræas Tiraquellus in illo ipso loco quem nos proximè citauimus, ex eo quod dixerat rem venditam sub pacto de retrouendendo hoc ipso intelligi obligatam, cõcludit, tantò magis verum esse quod idem ille dixerat in præcedentibus, si ea res alienata sit, dandam eo nomine venditori actionẽ non tãtùm in personã emptoris, sed etiã in rem ipsam, & consequenter aduersus tertiũ quemlibet possessorẽ. Quasi verò ius pignoris ita rem afficere possit vt impedire debeat alienationem. Quod certè quàm falsum sit, ex eo constare potest, quod nos in superioribus disputauimus, eum qui promisit retrouendere, siue per stipulationem, siue per pactum in ipsa venditione adhibitum, nonvsque adeò præcisè obligari ad retrouendendum, quin præstatione eius quod venditoris interest liberetur, si eam condemnationem subire malit. Cùm enim ita fiat vt tota huius pacti vtilitas pecuniario commodo æstimetur, non etiam vt rei alienatio prohibeatur, quid aliud adferre potest subiecta conuentio expressa pignoris, nisi vt venditori liceat rem persequi ad eam tandiu retinendam quandiu obligationi retrouendendi satisfactum non erit? Siquidem ea pignoris cuiuslibet natura & conditio est vt lui quandocumque possit oblato præstitoque omni eo quod debetur. Indéque nimirum euenire necesse est, vt nunquã causa pignoris impedire possit alienationem proprietatis, quia proprietatis acquisitæ ius perpetuum est, nõ sicut pignoris temporale, neque rursum ob id quòd is qui pignus constituerat dominus esse desierit, vinculum pignoris dissoluitur quod vtiliter contractum semel fuit. Quòd si ponas hoc ipsum etiam nominatim conuenisse, ne res vendita sub pacto de retrouendendo in alium transferri & alienari per emptorem posset, eique conuentioni subiunctam expressam eius rei hypothecã, idẽ tamẽ iuris esse contendã, vt nõ eo magis alienatio impediatur. An igitur inutilis erit conuentio de non alienando, inutilis quoque cõuentio hypothecæ? Neutra sanè. Imò vtraq; vtilis hactenus, vt emptor qui cõtra fidẽ cõuentionis alteri vẽdidit, condẽnandus sit actione in personã proposita quanti ex ea causa interest vẽditoris, *l. 21. §. si tibi. D. de act. empt.* Tũ si iudicato nõ satisfaciat, detur actio hypothecaria vẽditori ad auocandã rẽ à tertio possessore, si nõ hypothecã luere possessor malit. Cæterùm si paratus ille sit oblata pecunia indemnitatẽ præstare venditori, nihil causæ est cur vel ab eo res auocetur, vel alienatio impediatur, *l. si debitor 12. C. de distract. pignor* Nam etsi admitteremus eam pacti de non alienando vim esse subiuncta hypo

hypotheca,vt impediretur alienatio,nihil tamen ex eo inferri posset, nisi hoc vnum vt in eo statu res sit in quo esset, si alienatio nulla facta fuisset: atqui nulla facta alienatione, non idcirco res retrouendenda pertineret ad venditorem,sed ad emptorem,quem prior venditio,secutaque traditio dominum fecisset,quique suscepta actione ex pacto si retrouendere numquam vellet,non ad aliud tamen condemnari posset,quàm quanti venditoris interesset.Cur ergo pactioni de non alienando subiecta hypotheca faciet, vt eo minùs alienari possit res quæ vendita fuerat sub pacto de retrouendendo?Proinde otiosa videri debet quæstio illa quam nostri subnectunt, an necesse sit hoc casu interuenire specialem hypothecam rei vēditæ,an verò sufficiat generalis omnium bonorum: de qua Iraq. post alios quos citat *d.§.3. De retract.conuent.gloss.vnic.num.*8. Quamquam illud multò minùs ferendum est vt speciali hypothecę plus iuris hac parte tribuatur quàm generali, vt scripsimus *in errorem* 4. *Decadis* 6.Fateor quidem huiusmodi pactionis de non alienando effectum illum esse debere, quoties adiunctam habet hypothecam vt non deteriore conditione sit is qui per conuentionem pignoris sibi prospexit,quàm si alienata res non esset,atque ita accipi oportere quod scriptum est in *l.si creditor.*7.*§.fin. D.de distract.pignor.* nullam esse venditionem vt pactioni stetur:sed hoc contendo,siue debitor ipse, siue is qui à debitore comparauit, offerat creditori,non habere creditorem quod conqueratur, aut cur alienationem irritam esse velit: nec eò minùs competituram emptori tanquam domino rei vindicationem,si fortè possessionem suam amittat,& aduersus nouum possessorem quisquis ille sit agere ei sit necesse, quæ tamen competere non posset, si per conuentionem de non alienando, alienatio simpliciter & absolutè prohiberetur. Neque sanè æquum est pactionem de non alienando alij prodesse quam cui facta sit, vt nec alia pacta inter alios facta aliis prodesse solent.Prodest autem quantum satis est si faciat vt eodem iure sit res penes emptorem,quo erat penes debitorem, nec ob id melior sit conditio tertij possessoris,quòd tertius possessor sit, neque pactum ipse fecerit,quia cùm pactio adnexam habet hypothecam non tantùm personam debitoris paciscentis afficit,sed etiam rem ipsam,& consequenter quemlibet eius rei possessorem.Nec est quod quis dicat ita futurū vt inutilis sit pactio de non alienando,cùm etiamsi nulla interposita esset,haberet tamen creditor hypothecarius actionem in rem aduersus quemlibet possessorem,saluo possessori iure offerendi.Nam respondeo posse multa interuenire, quæ facerent vt creditoris actio contra possessorem durior esset ac difficilior quàm contra ipsum debitorem si pactionis huius potestate nō fieret vt eadem huius noui possessoris,quæ debitoris alienantis conditio in omnibus esse deberet. Vt puta si de ordinis & non factæ discussionis exceptione agatur,aut de actione quæ actori competit per temporis præscriptionem summouenda. Decennio scilicet aut ad summum vicennio perimitur actio competens aduersus tertium possessorem, quæ in personam paciscentis esset perpetua,& saltem ad trigesimum vsque annum extenderetur,vt in sequentibus dicemus.Sed & quāuis admitterem,Pactionis de non alienando eam vim esse,posse propter adnexam hypothecā vt impediret alienationem,non tamen statim consequens fieret eandem esse debere vim pacti de retrouendendo,quia nihil commune aut simile habet pactum hoc de retrouendendo cum pacto de non alienando,siue verba pacti inspicias siue effe-

ctum, nisi cùm statuti aut legis municipalis autoritas accedit quæ prohibeat rei venditæ sub pacto de retronendendo alienationem. Denique nec illud nouum aut in tam e t, non valere pactionem per quam quis præreptam sibi velit, rei suæ alio inuito alienandæ facultatem *l. penult. D. de pact.* Nimirum nisi quatenus interest illius, cum quo pactum initum fuit, quomodo certè interest eius qui acquisiuit sibi ius pignoris in re aliena, ad eam vsque quantitatem quæ debetur, & pro qua pignus vendi potest. Quamquam, vt dican liberè quod sentio de sententia *d. §. vlt. l. si creditor 7. De distract. pignor.* mihi semper locus ille suspectus visus est, & Triboniano dignior quàm Iureconsulto. Et enim prorsus odiosa, & ridicula quæstio an valeat pactio inter debitorem & creditorem hypothecarium facta ne liceat debitori vendere hypothecam, sicut nec vllius effectus ea pactio est. Quid enim creditoris interesse potest an valeat venditio necne? Aut cur debitori qui rei suæ dominus manet alienandi facultatem eripiamus, cùm ea venditio quantumlibet vtilis non adimat creditori actionem hypothecariam, sicut nec extinguit hypothecam? Potest fortassis hodie videri interesse ob eam causam, quòd hypothecæ alienatio duriorem faciat conditionem creditoris, propter inductam iure nouo in fauorem tertij possessoris, vt diximus, excussionis non factæ exceptionem: quæ à debitore ipso illúsve herede opponi numquam potest: nec improbabile est ad id respexisse Tribonianum si quæstionem hanc nullo vsquam loco à prudentibus tractatam subtilitate sua dignam existimauit. Sed cogitare debuit non posse quæstionem conuenire responsis prudentum, quorum temporibus incognita erat necdum inducta exceptio ordinis aduersus hypothecarios creditores: Nec quéquam ex prudentibus vnquam dubitasse, quin liceret debitori non solùm inscio sed etiam inuito creditore pignus vendere & hypothecam, vt tot iuris nostri locis scriptum est, non alia ratione quàm quod viderent nihil planè creditoris interesse: cuius quippe ius etiam post alienationem durat, adeóque tametsi alienationem sciuerit neque contradixerit, dummodò nec expressim consenserit *l. sicut 8. §. nō videtur D. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Et verò quemadmodum nō potest fieri per pactum vt ex sola domini voluntate dominium transferatur in aliū, si traditio nulla sequatur, quia traditionibus non nudis pactis solisve conuentionibus dominia transferuntur *l. traditionibus 20. c de pact.* quamuis dici soleat nihil tam naturale esse quàm voluntatem domini res suas transire volentis ratam haberi *l. adeo 7. §. qua ratione. De acquir. rer. domin.* Itaque neque fieri posse credendum est, vt in potestate cuiusquam sit facere per pactū, ne rem suam tradendo possit dominium transferre in eū, quem traditione tempore dominum facere velit. Quæcunque enim traditio ex iusta causa fit à domino ad dominiū transferendum, ea profuldubio & necessariò dominiū transfert, nisi cùm aut ob vitium ipsius rei quæ traditur, aut ob personā tradentis vel accipientis euenit vt lex sit impedimento ne transferri dominiū possit, vt si de religiosa agatur, vel de prædio minoris. Lex enim sola illa est cuius potestate & autoritate inducitur translatio dominij, ac proinde quæ translationem illā impedire potest, non pactio inter alios facta quæ præcesserit traditionē, *d. l. penult. de pact.* Itaque non abs re interpretes nostri textū illū quem nos Triboniano totum adscribimus, singulare esse dicunt, quia nō solùm nullo alio iuris loco, sed nec ratione aliqua probari possit ea sententia, quæ tamen, vt memorant, tantas olim inter Bartolū & Baldū lites & dissen-

siones

fionés excitauit, cùm diſputarent an legendum eſſet *nullam* an potiùs *vllam eſſe venditionem*. Etſi nos Bartoli ſententiã magis probaumus *d. Err.4. Decad.6.* cùm quid iá tũ nobis videretur apertè ſcribere non omnino auderemus. Coniecturam noſtram iuuat quod in eadem *lege qui.§.præcedit*, eiuſdẽ Triboniani proculdubio eſt, vt ſuo loco docebimus: item quòd totus ille titulus tam in Digeſtis quàm in Codice de ea diſtractione eſt, quæ fiat nõ per debitorem, ſed per creditorem iure creditoris, vt à nobis in prima Decade ſæpiùs ac ſæpiùs inculcatum eſt.

ERROR TERTIVS.

De locatione facta per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo.

QVAERVNT etiã interpretes, an poſt factã retrouẽditionẽ teneatur venditor ſtare locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de rettrouẽdendo. In eóque, vt video, omnes cõſentiunt, quòd exiſtimant reſpondendũ eſſe pro cõductore vt inuitus à vẽditore expelli non poſſit. Quæ primùm fuit ſententia Baldi in *l.1. ad fin. C. de iur. fiſc. lib.*10. vbi & ſententiæ ſuæ rationẽ illam adfert, quòd quãdiu venditor nõ redimit rẽ quam ex pacto redimere quandocũque poſſet, videatur emptor interim frui re vẽdita ex volũtate vẽditoris, qui ſcilicet redimendo impediret eũ vti frui ex *l. ſi vir vxori* 12. *D. de præſcript. verb.* Qua ex ratione poſteriores interpretes, quos refert ſequitúrque Andr. Tiraq. *De retract. conuent.§.3. glo. vnic. num.*14 axioma illud induxerunt, vt quoties eo tẽpore quo facultas locandi ad te pertinet, tu locas, ſi tacitè vel expreſſè huic locationi conſentio, licèt poſteà pẽdẽte ipſius locationis tẽpore ea locandi facultas in me trãsferatur, teneat tamẽ ſtare locationi. Quod & Hieron. Cagnol. probat ad *l.2. quæſt.*12. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Addunt aliam veluti generalẽ quoque regulam, quod ſingularis ſucceſſor neceſſarius quilibet, id eſt, vt illi ipſi interpretantur, in quẽ cogitur quis dominiũ transferre, tenetur locationi ſtare quam alius fecerit, in cuius iura ipſe ſuccedit, ex gloſ. quam Bart. Bal. Imol. Alex. aliíque omnes probant in *l. diuortio alias. l. fructus* 7.§. *Papinianus D. ſolut. matrim.* Inde namq; inferũt mulierẽ cui fundus dotalis poſt diuortiũ, aut mariti mortẽ reſtituitur, cogi ſtare locationi quã in quinquẽniũ maritus fecerat ex *l. ſi filiofamilias* 25.§. *ſi vir in quinquenniũ. D. ſolut. matr.* quo má ea reſtitutio neceſſaria eſt. Itémq; fideicõmiſſarium locationi per heredẽ factæ, de quo Alber. poſt Ray. in *l. poſtulante* 44.§.1. *D. ad S. C. Trebell.* & creditorẽ locationi quã debitor anteà fecerit bona fide *l. in venditionẽ* 8.§.1. *De bon. autor. indic. poſſid.* Me in cõtrariũ illud mouet, quantũ ad eũ pertinet qui vẽdiderat ſub pacto de retrouẽdẽdo, quod poſt retrouẽditionẽ perinde nouus emptor eſt acſi nũquã vẽdidiſſet. Cur nõ ergo & eo iure vtetur, quo cæteri emptores vti ſolent vt colono ſui venditoris ſtare non teneatur *l. emptorem* 6. c. *de locat.* Eorum duntaxat, qui à fiſco emerunt, aliud ius eſt vt colonum expellere non poſſint, ne fiſcus colono de indemnitate præſtãda obligetur *l. vlt. D. de iur. fiſc.* perinde, inquit lex acſi nominatim de eo in venditione cõueniſſet, vt intelligamus regulaeiter ita ius cõſtitu tũ eſſe, vt ſi pactio nulla interuenerit colonum venditoris expellere emptor poſſit. Nã ſi reſpõdeas quod interpretes & pragmatici reſpondent emptorem hunc qui priùs

Digitized by Google

612

vendiderat sub pacto retrouendendi necessarium esse successorem, id ego primùm negabo. Potuit enim non emere si redimere noluisset. Poterat etiam emptor non vendere, si quanti venditoris sui ex ea causa interforet, præstare maluisset, vt diximus in superioribus. Deinde si necessarius emptor est, non aliam ob causam necessarius dici potest, quàm quòd pactum de retrouendendo iam ab initio & in prima ipsa venditione initum esset, tantò minùs igitur arctandus est vt stet, colono emptoris, cùm pactum illud præcesserit locationem, eúmque fundum suo iure venditor redimat, nec proinde minùs iuris in eo habere debeat, ob id solùm quòd aliquando fuerit ipsius. Solet enim melior eius conditio esse qui petit rem quæ aliquando fuit sua, *l. videamus 38. si actionem. D. de vsur.* Quod verò Baldus dicebat in potestate venditoris fuisse vt fundum redimeret antequàm per emptorem locaretur, atque ideò videri ex eius volũtate factam locationem, prorsus ridiculum est. Quid enim si eo tempore non habuit venditor pecuniam in numerato ad offerendum emptori? aut quam habuit, in alios vsus, magis fortasse necessarios expendere coactus fuit? Cur ei imputabimus quòd non citiùs redemerit, dummodò postea redimat intra ea tempora quæ fuerant per pactionem constituta? Aut cur, obsecro, habeamus pro consentiente, eum, qui contradicere non potuit, tametsi maximè contradicere voluisset? Nemo siquidem dixerit in venditoris arbitrio & potestate esse vt impediat ne is qui fundum emit, licèt sub pacto de retrouendendo, locet fundum cui, & qua lege & cõditione velit: cùm facere pactum illud nequeat vt nõ sit dominus irreuocabiliter & pleno iure, æquè acsi de retrouẽdendo pactum nullum interceſſisset. Non igitur contradicere venditor potest etiamsi maximè velit, nec consequenter pro consentiente habendus est, ob id solùm quod non cõtradixerit, licut nec ob id quod iam tum nõ redemerit. Sciuit enim ius suũ durare vt de eo creditore dici solet qui sciuit vendi pignus à debitore *l. sicut 8. §. non videtur D. quib. mo. pig. vel hypoth. soluit.* Et sanè si ratio illa Baldi recta esset, cõsequẽs fieret oppignerationes omnes rei sub huiusmodi pacto vẽditæ factas ab emptore vẽditori post retrouẽditioné nocere debere, tanquã ex eius voluntate factas, quod tamen ipsi etiam interpretes negant, existimantes per retrouenditionem resolui ius emptoris, & per consequentias resolui etiam iura omnia, quæ fuerint ab emptore constituta. Nos verò etsi negamus eam retrouenditionis vim esse vt priorem venditionem resoluat, sed tantùm vt secundam nouámque inducat, hactenus tamen fauemus venditori vt indemnitatem ab emptore consequi debeat, si fortè deterior res retrouendatur quàm prioris venditionis tempore fuisset: quomodo certè deterior retrouenditur quæ obligata retrouenditur, cùm priùs libera venditа fuisset. Quàm porrò de indemnitate actionem quis putaret venditori dãdam esse si ex eius voluntate oppigneratio ab emptore facta proponeretur? Nam nec alio colore datur, quàm quòd inscij & ignorantis venditoris conditio durior fieri non potuerit per emptorem: vt à nobis disputatum est in *Error. 1. Decadis superioris.*

ERROR QVARTVS.

De fundi dotalis locatione à marito facta.

Neque

Digitized by Google

EQVE verò ſimile eſt quod de fundo dotali ab interpretibus affertur. Locationi enim à marito factæ mulier ſoluto matrimonio idcirco ſtare cogitur, quia licuit marito tanquam marito, id eſt non ſuo tantùm, ſed etiam coniugis nomine fundũ dotalem locare, quoniam dos vſque adeò nõ eſt in bonis mariti vt non ſit etiam mulieris, *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 1. in rebus 30. C. eod.* At fundus venditus licèt ſubiecto pacto de retrouendendo ita eſt emptoris & quidem pleno iure vt nullum in eo ius ſit venditoris. Proinde ſi eum emptor locet, non poteſt dici tam venditoris quàm emptoris nomine factam eſſe locationem. Quãquam ſi verum amamus, nec illud verum eſt quod pro vero obiicitur, ex locatione fundi dotalis à marito facta obligari mulierẽ, vt etiam poſt ſolutum matrimonium colono ſtare compellatur, quãuis ita ſentiat Carol. Molin. in conſuet. Pariſ. §. 30. *quæſt.* 22. Apertè enim Paulus ſcribit in *l. ſi filiofamilias 25. §. vlt. D. ſolut. matr.* Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum fortè annum diuortium interuenerit, non alias fundum mulieri reddi oportere, quàm ſi cauerit, ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtituram. Cur enim ea cautio à muliere præſtanda eſſet, ſi nec volens colonum poſſet expellere? Aut cur vereretur maritus ne conductori damnaretur ſi mulierem vincere conductor ſuo iure poſſet? Atque ita Cuiacius quoque in Commẽtariis ad Paulum bene explicauit. Sed non illud æquè bene meo iudicio, quod diſtinguit caſum diuortij à caſu mortis, nec dubitat quin locationẽ fundi dotalis à marito factam mariti heres ſeruare non teneatur: Non magis, inquit, quàm ſi ab vſufructuario facta eſſet, quaſi in re dotali maritus fructuarij potiùs quàm domini & proprietarij iure cenſendus ſit, in quo ſanè fallitur. Maritus enim verè dominus eſt fundi dotalis quãdiu conſtat matrimoniũ & quidẽ pleno iure, licet poſſit fieri vt dotẽ aliquãdo reſtituere debeat actione de dote, ideóq; habet ſolus vindicationem, *l. doce ancillã. 9. C. de rei vindic.* cæteráque omnia facere poteſt, quæ dominis facere licet, niſi quod fundum dotalem alienare non poteſt, idque tamen non defectu iuris, ſed propter legis Iuliæ prohibitionem. §. 1. *Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Neque rurſum aliqua inter diuortij & mortis caſum diuerſitatis ratio reddi poteſt. Nam ſicut diuortio facto æquè fundus deſinit eſſe dotalis atque morte mariti, ita ſoluto per mortem mariti matrimonio perinde poteſt imputari eius heredi cur ſine cautione fundum mulieri reſtituerit, atque marito viuenti hoc ipſum imputaretur, ſi matrimonium diuortio ſolutum eſſet, aut etiam per mulieris mortem. Quidni enim à mulieris herede præſtanda eſſet ea cautio quam mulier ipſa ſi viueret præſtare teneretur? Denique quomodo plus iuris habet maritus qui interim dominus & proprietarius eſt quàm fructuarius, ita & qui à marito conduxit fundum dotalem plus iuris habere debet, quàm qui ab vſufructuario conduxit fundum fructuarium, non quidem reſpectu mulieris, quominùs conductorem vtroque caſu æquè facilè expellere poſſit, in quo mihi cõuenit cum Cuiacio, ſed in eo nimirum vt mariti heredem ex cauſa locationis obligatum habeat, qui heredem fructuarij ſimiliter obligatum non haberet, *l. ſi quis domum 9. §. 1. D. locat.* Ei namque qui cum fructuario contraxit poteſt imputari, cur cum eo contraxerit, quem ſciuit dominum nõ eſſe, nec aliud iuris in ea re habere niſi quod per mortem extinguendũ eſſet, debúitque proſpicere, vt lex ait, Poſſe euenire vt ante finitũ conductionis tempus

decederet fructuarius, ideóque nulla causa est, propter quam aduersus fructuarij heredem vti fructuario debeamus si fortè à proprietario expellatur. At ei qui cum marito contraxit, fundúmque dotalem ab eo conduxit, non similiter possis imputare, cur cum eo contraxerit quem sciuit & dominum esse, & locandi saltem in quinquennium fundi dotalis ius habere: Aut cur non cogitauerit euenire posse vt intra quinquennium maritus moreretur. Sciuit enim futurum, vt eo casu posset ipsius heres aduersus mulierem sibi prospicere per cautionem quæ indemnitatem plenissimam esset allatura: cuius tamen cautionis ab vsufructuarij heredibus præstandæ causa nulla est, non magis quàm si ad suam duntaxat vitam fructuarius locasset. Nihil enim refert an vsufructuarius fundum simpliciter locauerit, an ad vitam, cùm ius omne ipsius morte finiatur. In eóque negari non potest differre dotem ab vsufructu. Vsusfructus enim fructuarij morte sic finitur, vt nihil prorsus iuris heres fructuarij habeat in ea re in qua defunctus habuit vsumfructum. Dos verò sic marito per constitutionem acquiritur, vt quamuis defunctus sit, ius tamen aliquod heredis superet, aduersus quem ideo agere de dote necesse est, vt dominium marito acquisitum restituere compellatur. Alioqui haberet mulier ius vindicandorum bonorum dotalium & possessionis eorum adprehendendæ propria autoritate, quod falsum est, *l. dotis actione 9. C. solut. matr.* quàquam magna hac parte iuri veteri plaga illata fuit per eam Iustiniani constitutionem quæ extat in *d. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* quæ dotis vindicationem soluto matrimonio mulieri dedit, quasi non nisi iuris fictione maritus dominus fuerit constante matrimonio, quem tamen verè dominũ fuisse nemo ex prudentibus vnquam negasset. Indeque nimirum fit vt à muliere multa possit maritus eiúsve heres extorquere cautionem illam, de qua in *d. § si vir in quinquennium*, quam sanè per retentionem extorquere non posset, si matrimonio quomodocũque soluto, dominium rei dotalis ipso iure ad mulierem recurreret. Quáquam non puto nouam Iustinianí legem quę mulieri, vt diximus, vindicationem dedit vsque adeò extendendam contra iuris veteris rationem, vti ne hodie cauere marito eiúsve heredi mulier debeat, indemnem eũ ex causa locationis præstitum iri. Nã cùm Iustinianí propositum illud duntaxat fuerit vt dotis repetitionem mulieri expeditiorem faceret, non etiam vt lederet ius mariti viuentis, euenret ex contrario vt lõgè minùs quàm olim iuris haberet maritus in fundo dotali quem in quinquennium locare si vellet, periculum incurreret futuræ condemnationis in eum casum quo ante quinquennij finem matrimoniũ solueretur. Nec paruũ incommodũ ei futurum est si hoc metu deterreatur ab ineũda in tempus quinquennij locatione: cùm fructus rei sit locare licere sicut & pignori dare, *l. vlt. D. de vsur.* neque tã facilè inueniantur qui in annũ vnũ aut bienniũ conducere fundos velint, eadé saltem mercede annua, quam offerrent si fundus in quinquenniũ locaretur. Nisi fortè quis putet ex eadé Iustiniani constitutione interendũ esse vt cõductori qué mulier suo iure expulsura sit, maritus maritive heres nullomodo ex locatione teneatur. De quo certè Iustinianus non cogitauit. Quod etsi constitutũ esset, non eo minùs tamen dãno maritorum res cederet, quibus fundum dotalé locare volentibus, tanto difficilius esset inuenire conductorem, qui nullũ sperans regressum, aduersus locatorem tanti conducere ré vellet, quanti esset conducturus si sciret, futurũ vt soluto ante quinquennij finé matrimonio, maritum eiúsve heredé habe-

ret

ret obligatum. Apparet ergo ex ſuperioribus ad quæſtionem illam vtrum locationi per maritũ factæ mulier ſoluto matrimonio ſtare cõpellatur, non ſatis benè reſpondere eos qui ſimpliciter & abſolutè affirmant, compelli, nec illos rurſus qui abſolutè negant. Non enim cõpellitur, ſi fundũ dotulem maritus ei reddiderit nulla extorta cautione, quia plenũ rei ſuæ dominũ nanciſcitur, licèt maritus (quæ Molinæi ratio eſt) non ſolũ tanquam dominus ſed etiam tanquam maritus locauerit, plenamque habuerit adminiſtrationem. Compellitur autem ſi fundũ dotalem maritus nolet reddere, niſi præſtita ſibi priùs cautione de indemnitate, quia ſi non licet mulieri propria autoritate ingredi poſſeſſionem fundi dotalis quãuis defuncto iam marito, multò minùs permittendum ei eſt vt expellat conductorem. Cæterũ ſi cautio præſtita ſit, atque ita fundus dotalis mulieri redditus, dubitandum non eſt quin poſſit illa ſuo iure conductorem expellere, ſi malit mariti heredibus indemnitatem præſtare: quia cautio non obligat mulierem conductori, ſed marito aut eius heredibus, & quidem in eũ duntaxat caſum quo nollet illa ſtare colono, tantum abeſt vt verum ſit quod vulgò putant, ideò cogi eam cauere quòd ſtare colono neceſſe habeat. Sed & in eo videtur mihi valdè erraſſe Cuiacius in Commentarijs illis ad Paulum, quòd ſcripſit, ſicut marito aut eius heredibus cauendum eſt à muliere fundum dotalem repetente, ita & aliis omnibus proprietarijs qui iure ſuo fundum locarunt cauere ab iis oportere quibus dominium acquiritur ante finitam conductionem, quaſi eadem illa æquitas vrgeat in cæteris omnibus, quæ in marito. Cur enim venditori cogatur cauere emptor de conductore non expellendo cui venditor locauerat, aut de indemnitate venditori præſtanda ſi de eo nihil dictum, nihil exceptum ſit in ipſa venditione? An non fiat iniuria emptori cui iam quæſitum ſit ius coloni quandocunque expellendi in pui è, quique non tanti fortaſſe emturus fuit ſi venditionis tempore cautionem eiuſmodi ab eo extorquere venditor voluiſſet? Itaque de eo tũ cauendũ eſt cùm vẽditio fit, & vt Caius ſcribit in *l. ſi merces* 25. §. 1. D. *locat. eadem pactione*, quod & ſatis ſignificat *l. emptorem* 9. C. *eod.* iis verbis, *niſi ea lege emit*: itemque *lex Arbores* 59. §. 1. *D. de vſufr.* iis verbis *niſi fuerint ſpecialiter excepta*. Fateor poſſe ſufficere vt ex interuallo emptor locationi qualiter qualiter conſentiat *d. l. emptorem*, ſed ſi conſentire nullomodo velit, nego cautionem ab eo inuito extorqueri vllam poſſe. Idémque iuris eſt ſi fundũ locatũ quis legauerit. Nã cùm legatarius ex legato fiat dominus conductorẽ expellere ſuo iure poteſt, nec audiẽdus eſt heres ſi legatariũ adigere velit ad præſtandã cautionem, cuius præſtãdæ onus teſtator nõ irrogauit. Tantò enim minùs eſſet legatũ quod onus cautionis admixtũ haberet, ſicut è contrario tãtò plenius eſt quod legatario affert liberã re legata vtẽdi & diſponẽdi facultatẽ, *l. qui fundũ* 32. *D. locat.* Idẽ ergo admittendũ eſt illo etiã caſu, quo is qui fundũ locauit, eũ fundum alteri ſtipulanti promiſerit. Nã & ex ſtipulatione illa *fundum dari* conſtat obligari promiſſorem vt fundi plenũ dominium in ſtipulatorem transferre teneatur, *l. vbi autem* 75. §. *vlt. D. de verb obligat.* Cur non ergo ſatisfacere cogatur, aut cur ei demus exceptionẽ prætextu cautionis de qua nihil conuenerit per ſtipulationem? Nam & inauditũ eſt vt agentẽ ex ſtipulatu cauere vlla de cauſa oporteat, ſi ſtipulationis verba de cauendo nulla ſint, cùm ſtipulatio tota ex verbis æſtimetur, *l. quicquid* 99. *D. eo.* eſtq; ius illud ſingulare cõtractui bonæ fidei vt ex iis cautio exigi aliquando poſſit ſola iudicij æquitate quoties iuſta

cauendi causa intercedit, vt in *l. in omnibus* 41. *D. de iudic.* Indéque nimirum fit vt marito aut mariti heredi qui iudicio de dote conuenitur, quod omnium maximè bonæ fidei est, cauere mulierem oporteat, quia scilicet æquum non esset maritum eiúsve heredem sentire damnum ex locatione quam constante matrimonio fecerit & suo iure, & bona fide. Nã sicut ex dote luctũ nullũ debet remanere penes maritum soluto matrimonio nisi quantum ex dotis fructibus potuit sibi comparare pro eo tempore quo matrimonium stetit, ita neque damno affici debet ob eam rem quam iure mariti gesserit, *l. quoties* 16. *D. de iur. dot.* Quæ tamen ratio inter eos duntaxat obtinet, qui coniuges fuerunt, inter quos iudicium bonæ fidei exercetur non etiam quod ad eum qui à marito conduxit, vt vel à muliere expelli non possit, vel nullam contra maritum habere debeat actionem. Nam imò verò & expelli à muliere potest licet conduxerit ab eo qui non tantùm iure domini locauerat, sed etiam iure mariti, quia nouum dominium est quod mulieri per dotis restitutionem acquiritur, dominium inquam plenissimum, quod proinde liberũ adfert arbitrium colonũ expellendi si mulier iure suo vti volet, & consequenter obligatur maritus eiúsve heres vt conductori à muliere expulso indemnitatem præstet. Ideoque cauere sibi contra mulierem debet interposita stipulatione, vt ipse quoque à muliere indemnis præstetur. Etsi verò iudicium empti venditi bonæ fidei est, sicut & actio de dote: aliud tamen iuris constituendum esse diximus, vt venditori ab emptore non caueatur neque de colono non expellendo, neque de indemnitate præstanda, quoniam ipsa iudicij æquitas repugnat, ne duriori lege obstringatur emptor quàm qua se obstringi voluit in emendo. Idémque in actione ex testamento obseruatur, quæ licet bonæ fidei non sit, tamen actionum bonæ fidei naturam in omnibus ferè imitatur. Eodem igitur exemplo dicendum est, vt ad institutam disputationem reuertamur, de eo qui vendidit sub pacto de retrouendendo, non esse cogendum stare locationi quam emptor fecerit ante retrouenditionem, cùm suo iure plenum dominium recuperet, atque ita vel inuitus expellendi quandocunque coloni potestatem nanciscatur, si non eam sibi præreptam voluerit propria pactione. Cur enim minùs iuris habeat, quàm fructuarius, quem constat cogendum non esse vt stet locationi à proprietario factæ *d. l. arbores* 59. §. 1. *D. de vsufr.* Sed an cogendus erit venditor exemplo mulieris fundum dotalem repetentis vt emptori retrouendenti caueat de indemnitate? Ita Cuiacius putaret. Ego non puto, quia non, sicut diximus, maritum in dote ita versari debere vt neque lucrum, neque damnum ex dote sentiat, similiter possit quis dicere neque lucrum neque damnum vllum ex emptione penes eum remanere oportere qui emerit sub pacto de retrouendendo. Nihil enim vetat magnum ex fructibus lucrum ei reliquum esse si fortè rem preciosam & magni redditus vilissimo pretio, vt plerunq; fit, sub eo pacto comparauerit, nec proinde absurdi quicquam est vt pro indemnitate conductori suo præstanda damnum sentiat. Præsertim cùm sibi debeat imputare cur in ineundo pacto retrouendendi, ex quo totum hoc ius retrouenditionis posteà faciendæ æstimandum est, melius sibi non prospexerit, hoc nominatim excepto ne facta quandocunque retrouenditione conductorem quem cõstituisset, expellere venditor posset. Illud sanè prorsus dissimile est, quod quidam obiiciunt, Pupillum teneri stare locationi, quam tutor fecerit. Id enim fit quia tutor domini loco est, *l. tutor* 27. *D. de administr. tutor.* & pupilli

locum

Digitized by Google

locum obtinet, cuius interest seruari ea omnia quæ tutor bona fide administrauit, vt & Cuiac. supradicto loco monet ex *l. cum plures* 12. §. 1. *eo.* Cęterorũ verò qui singulares tantùm successores sunt (heredes enim semper excipio quibus ratio illa conuenit quæ & pupillis quòd eadem cum locatore persona heredis esse existimetur) nihil prorsus interest seruari locationem quã alius fecerit, nisi quod mulierũ certè interest indemnes seruari maritos pro iis omnibus quæ in re dotali gesserint bona fide, ne alioqui tantò difficiliùs inueniant illæ maritos, quantò periculosior aut strictior futura sit bonorum dotalium administratio. Ideóque nimirum cautionem indemnitatis ab ijs exigimus, quam nullo alio casu lex exigit à singulaari successore.

ERROR QVINTVS.

De facta per vassallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat.

NON possum facere quin hanc quęstionem interseram, quonjá licèt aliena sit ab instituto tractatu De pacto retrouendendi, tamen & superiori quæstioni finitima est, & in iudiciis frequenter occurrit. Tractat eá Molinæus cum apparatu in *Consuet. Paris. tit.* 1. *De mat. feod.* §. 30. *quæst.* 22. Distinguit autem an locatio facta sit in longum tempus, id est in decennium, an verò in aliud quod breuius sit decennio, & hoc tursum casu an de pignore aut hypotheca conuenerit an non, vt si vel in longum tempus vel sub hypotheca proponatur facta locatio, dominus directus ei stare teneatur, si minùs nõ teneatur. Eiúsque distinctionis rationem illá adfert, quòd prioribus casibus quæsitũ sit conductori ius in re, quod ab eo inuito auferri non possit, quia res feudalis aut emphyteuticaria talis ad dominum redit, qualis est eo tempore quo redit. Posteriore verò casu nullum conductor ius habet in re ipsa, sed tantùm personalem ex conducto actionem, quæ cùm ex contractu competat, non aduersus singularem successorem dirigenda est, qui non contraxit, sed aduersus locatorem. Ego verò longè aliter distinguẽdum esse existimo, nempe quomodo suprà distinximus in alia quæstione, De oppigneratione rei feudalis vel emphyteuticariæ per vassallum aut emphyteutam facta, vtrum res ad dominum redeat ex lege & conuentione ab initio dicta, an ex causa noua planéque voluntaria. Priore casu dico non esse cogendum dominum directum vt stet colono, si iure suo vti malet. Hîc enim ratio illa generalis & perpetua obtinet, quæ resoluto iure datoris, resolui vult ius acceptoris, *l. lex vectigalis fundo* 31. D. *de pignor.* Nec proinde quæstioni aut distinctioni locus vllus relinquitur, an conductor ius aliquod in re habuerit, nécne, quandoquidem etiamsi maximè habuerit, nunc tamen nullum habere ampliùs potest resoluto omni eius iure, qui ius hoc in re constituerat. Estque sanè vt antiquius ita & potẽtius ius domini directi eá ipsam legẽ exercẽtis, quá in feudi vel emphyteuseos cõcessione dixerat, & sine qua nó fuerat cõcessurus. Nec quod hodie feuda redacta sint ad instar patrimoniorũ, ad rem quicquã facit, licèt hac vna potissimũ ratione Molinęus moueatur. Id enim eò dũtaxat pertinet, vt liberũ sit vassallo de re feudali quomodocũq; volue-

rit disponendi arbitrium, quandiu feudum durat, nec domini consensum & voluntatem passim exquiri oporteat. Non etiá vt vassallo impunè liceat eá legem negligere quę concessioni ab initio dicta fuit. Nā & in alia cuiuslibet rei patrimonialis alienatione idē seruari oporteret, vt quæ alienationi ab initio dicta lex esset, ea seruaretur *d.l. lex vectigali.* Itaque siue feudū finitum sit, putà non nisi ad certum tempus concessum (quo casu nobiscum sentit Molinæus cuiusl bet conductoris ius etiam omne finiri) siue commissum ob impletas, & vt loquuntur, purificatas committendi feudi conditiones, dico in totum resolui ius vassalli, nec consequenter fieri posse vt qui ab eo conduxit, siue in decennium, siue sub hypotheca ius aliquod in re ex eius persona habere possit. Quod in fundo emphyteuticario apertius est, quia emphyteuses redactæ nō sunt ad instar allodialium patrimoniorum: licèt circa ius emphyteuticum multa sint immutata. Posteriore verò casu, id est, si res feudalis vel emphyteuticaria ex causa noua planéque voluntaria domino directo acquiratur, tum demum Molinęi distinctionem admitto, vt conductoris ius in re habentis non magis possit dutior conditio fieri ex persona domini directi, quàm si in alium quemlibet extraneum alienatio facta proponeretur, cùm hac parte dominus directus extranei iure censeatur. Etverò quoties alienatio fit, eam cum sua causa fieri necesse est, ac proinde cū omnibus oneribus realibus, quæ iura in re appellamus, *l. alienatio 67. de contr. empt.* At cùm res feudalis vel emphyteuticaria ad dominum pristino iure redit, non tā alienatio fit, aut acquisitio aliqua iuris noui in persona domini directi, quàm extinctio iuris quod in eum vsque diem vassallus vel emphyteuta in ea re habuerat, non aliter quàm cùm vsusfructus morte fructuarij finitur. In eóq; sanè errauit Molinęus, qui etsi nō ignorauit ius domini directi cæteris omnibus antiquius & potentius esse debere, nec aliter saluum & integrum fieri posse, quàm si ea res ad dominum libera redeat, nullúisque noui oneris incommodo diminuta, vt ex iis apparet quæ idem ille tractat, *d. §. 30. quæst. 20.* Contendit tamen in ea quæstione quam nos agitamus translationem aliquam fieri à vassallo vel emphyteuta in dominum vt inferat, si aliquod ius in re fuit, quandiu vassallus aut emphyteuta rem tenuit, non nisi cum eo ipso iure ad dominum rem redire. Imò verò fatendum est, quod nec ille prorsus negare ausit, dominum eo casu non tam vassallo aut emphyteutæ quàm sibi ipsi succedere, nec nisi pleniorem & liberiorem rei suæ administrationem nanciscī, vt de suis heredibus scriptum est in *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* Aut si vassallo vel emphyteutæ succedat, per modū tantùm priuationis & negationis succedere, vt Molin. loquitur, non etiam per modū acquisitionis. Quod cùm ita sit, cur dicamus cogendū eum stare colono quem vassallus vel emphyteuta constituerat, licèt vel in longum tempus vel sub expressa hypotheca locatio facta proponatur? Quidni potius eandē illius causam faciemus, quæ est proprietarij, cùm ad eum res redit finito per vsufructuarij mortem vsufructu? Constat autem non esse cogendum proprietarium vt stet locationi per fructuarium initæ *l. si quis domum 9. §. 1 D. locat.* nempe quia proprietarius vsufructuarij successor dici nullomodo potest, neque singularis, neque necessarius, sed cùm rem recuperat, hoc tantùm intendit, finitum esse ius omne vsufructuarij, nec vllum ei amplius superesse. Neque distinguendum est, meo iudicio, an res feudalis vel emphyteuticaria ad dominum redeat ex ea causa quæ magis à casu quàm à vassalli

vel

vel emphyteutæ voluntate pendeat, an ex ea potiùs quam vassallus vel emphyteuta impedire potuerit, si voluisset, vt puta ob felonian & ingratitudinem admissam. Etsi enim durius videtur vt factum & voluntas vassalli vel emphyteutæ, quàm vt fatum casúsve noceat ei qui cum vassallo vel emphyteuta contraxit bona fide (quæ Molinæo familiaris, nec tamen perpetua ratio est) Attamen quod ad dominum directum pertinet, nihil plane ipsius interest, cùm vtroque casu tantundem iuris habeat ad rem suam æquè suo iure recuperandam, nec nisi contractus sui legem exerceat, quæ vassalli vel emphyteutæ ius totum extinxit, qualiscunque tandem causa fuerit eius extinguendi. Debétque sibi imputare qui cum vassallo vel emphyteuta sciens contraxit, aut qui eius cum quo contrahebat conditionem ignorauit. Quid enim possis imputare domino, qui non priùs legem contractus sui exercere potuit, neque proinde impedire quominus vassallus vel emphyteuta eum fundum locaret, sed ita tamen vt dominij directi ius anterius non eo minùs saluum & integrum maneret. Longéque alia ratio est eius iuris quod in reuocatis propter ingratitudinem donationibus constitutum fuit in *l. his solis* 7. c. *de reuoc. donat.* Reuocatio enim præsertim quæ fit ex causa ingratitudinis licèt fiat ipso iure, non tamen afficit aut extinguit alienationes à donatario anteà bona fide factas, at ne quidem obligationes, vt pro Molinæo aduersus Arium Pinellum disputauimus in *Error. 3. Decadis præcedentis*, quia rescindit potiùs quàm resoluit donationem, verúmque est à domino factas esse alienationes illas & obligationes, ab eo inquam qui tùm dominus non solùm fuerit, sed etiam semper fuisse intelligatur, potèstq; donatori imputari cur non eam potiùs legem donationi adscripserit, quæ in eum casum qui euenit ius donationis omnino posset resoluere, vt eorum quoque omnium qui cum donatario interim contraxissent ius omne per consequentias resolutum videri posset. At nihil est quod possis imputare domino directo, qui licèt cum vassallo vel emphyteuta contraxerit, sic tamen contraxit vt prospexerit ne vllo domini vtilis facto ius suum lædi posset, si quando eueniret, vt ex contractus lege ad eum res rediret. In eámque rem textus est omnium optimus & apertissimus in *d. l. lex vectigali fundo. D. de pignor.* ad quam nec Molinæus respondet, nec alius quisquam pro Molinæo respondere possit. Nam cùm omnes fateantur, quoties ad dominum res redit iure feudi vel emphyteuseos resolui ius vassalli vel emphyteutæ, An non prorsus consequens est vt cæterorum etiam omnium qui à vassallo vel emphyteuta causam habent, ius resoluatur? Alioqui posset quis similiter dicere in specie *d. l. lex vectigali*, non esse ferendum vt creditoris qui bona fide cum emphyteuta contraxit, ius extinguatur, ob id solùm quod emphyteuta canonem annuum non soluerit, cùm fuerit in eius potestate vt solueret, atque ita faceret ne res ad dominum rediret. Et sanè fatendum est in ea specie heri ius creditoris deterius ex facto, aut potiùs ex non facto possessoris, & ex ipsius possessoris voluntate, inscio etiam adeóque inuito creditore; neque tamen id absurdum aut iniquum creditur, quia sic ab initio lex dicta erat, sufficítque nihil nisi suo iure facere dominum qui contractum dicit esse ipso iure resolutum. Nimisque subtilis, ne dicam stolida est illa distinctio quam Molinæus probat, an feudum vel emphyteosis finiatur, an committatur, cùm posteriore hoc casu æquè ac priore si commisso causam det lex contractus, omne ius vassalli vel emphyteutæ

reſoluatur ipſo iure, habeátque dominus ius rei propria authoritate prehendendæ, quod vtique non haberet ſi qua iurium tranſlatio à vaſſallo vel emphyteuta in eum fieri deberet, nouáque retrotraditione opus eſſet. Ergo quē admodum finito feudo vel emphyteutico iure fatetur Molinæus rem ad dominum redire liberam ab iis quoque iuribus quæ in re ipſa fuerant conſtituta, quidni idem admittimus eo ipſo iure quomodolibet reſoluto? Sed & in eo Molinæus labitur, facitque iniuriam domino directo, dum ei fauere vult, quod ait rē feudalē vel emphyteuticariam obligatam eſſe domino, & vt loquitur, hypothecatam, pro iuribus omnibus feudalibus & emphyteuticariis. Plus enim multò quàm hypothecam habet is qui dominus directus eſt, nec fieri poteſt vt ei res ſua ſit obligata, præſertim eo tempore quo dominium illud vtile quod penes vaſſallum vel emphyteutam fuerat, quódque pignoris conuentionem admittere videbatur, per conſolidationem extinctum eſt ſolo directo penes dominum remanente.

ERROR SEXTVS.

De locatione facta per prælatum eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate.

VIT etiam hæc quæſtio ſubiicienda, ne quid prętermiſſum videri poſſet in hoc tractatu de locatione ab alio facta, an & quá do ei ſtare ſucceſſor cōpellatur. Solet enim idipſum de Prælato quæri an ſtare debeat locationi per deceſſorem initæ. Etſi autem vulgò magis placet non debere, quia voluntarius non neceſſarius ſucceſſor eſt, vt noſtri poſt Baldum tractant ad *l. emptorem 9. C. de locat.* aliter tamen viſum eſt Carolo Molinæo diſtinguenti ad *d.* §. 30. *in Conſuet. Pariſ. num.* 106. An locatio facta ſit ad longum tempus, an ad modicum, vt hoc ſaltem poſteriore caſu locationi à Prælato factæ cogatur ſtare quiſquis in beneficio ſucceſſor eſt. Mouetur hac vna ratione quod quæ per eccleſiæ prælatum locatio fit, non tanquam à domino fit, ſed tanquā à prælato, & quidem liberam habente & plenam beneficij adminiſtrationem, ac proinde non ſuo ſolùm, ſed ipſius etiam eccleſiæ nomine, vt eadem ſit ratio prælati quæ mariti, de quo etiam ibidem tractat. Maritus enim ſi fundū dotalem locet, non tanquam dominus locat, ſed tanquam maritus habens liberam plenámque adminiſtrationem fundi dotalis, ſcilicet tanquam alienę rei non ſuæ, & conſequenter non ſuo duntaxat nomine, ſed etiam vxoris cuius dos eſt. Quámque ideò ex eiuſmodi locatione obligari æquum putat, ſi locatio non niſi in paucos annos, putà in quinquennium facta proponatur, vt in *l. ſi familias* 25. §. *vlt. D. ſolut. matrim.* Et verò non abſurda aut improbabilis videri poſſit hæc Prælati maritique comparatio. Neque enim prælatus beneficij dominus eſt, ſed eccleſia: habet tamen liberam plenámque beneficij adminiſtrationem. Atque ideò quicquid is gerit, eccleſiæ potiùs quàm proprio ſuo nomine gerere intelligendus eſt. Quo magis æquum videtur obligari ex eius facto ſucceſſorem, in iis ſaltem quæ modici ſunt præiudicij, quæque prælatus facere penè neceſſe habuerit, vt pro ſuo etiam tempore adminiſtrationem liberam exerceret.

Magno

Digitized by Google

Magno namque incommodo huius dignitatis homines afficerentur, si fundum ecclesiasticum locare in quinquennium prohiberentur, aut quod effectu ferè idem est, si locationi in quinquennium ab iis factæ successor stare non cogeretur. Multò siquidem minori mercede conducere solet, quisquis in annum duntaxat aut in biennium locat, quàm qui in triennium, vel quinquennium: vt quotidiano rerum vsu compertum est. At videamus, ne si prælati eadem quæ mariti ratio constituenda est, falsa sit in prælati successore hæc Molinæi sententia, quam nos iam probauimus in muliere falsam esse. Etsi enim maritus cùm dotalem fundum locat, non tanquam dominus locat, sed tanquá maritus, id est, vt loquar distinctiùs, tanquam is qui dominiũ habeat ex causa dotis (nam & maritus tanquam maritus, & hoc ipso quod maritus est, verè dominus est) nõ tamen vxoris nomine rem gerit, sed suo proprio, ideóque nec vxorem aut inuitam aut ignorantem obligare potest, vt colono stare compellatur, si fortè dotem reddiderit mulieri, eiúsve heredi nõ extorta cautione, de qua in *d.* §. *vlt.* Nã etsi cautionẽ illam extorserit, non idcirco tamen prohibetur mulier aut illius heres expellere colonũ si marito eiúsve heredi promissam indemnitatem præstare malit. Quod verò ante redditam dotem non perinde coloni expellendi ius habet, minimè ex eo proficiscitur, quòd à marito facta locatio, mulieri quoque debeat nocere matrimonio quádoque soluto, sed ex eo potiùs quod dominiũ dotis quádiu restituta nõ est, etiáli matrimoniũ fuerit solutũ penes maritũ illiúsve heredẽ manet, dominij autẽ ius illud est vt colonũ ab alio constitutũ expellere liceat impunè: quẽadmodũ explicauimus sup. *Err.* 4. Propter quã causã nec dubitandum est quin hodie post nouã Iustiniani legẽ, quæ mulieri dedit soluto matrimonio directã bonorũ dotalium vindicationẽ, *l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* possit mulier pro arbitrio colonũ expellere quàtumlibet breue tẽpus illud sit quòd locatio facta proponatur, quia non vt olim necessaria est restitutio dotis ad recuperandum dominiũ quod per traditionẽ translatũ fuerat in maritũ, soláq; iuris potestas sufficit vt tantundẽ iuris habeat mulier in iis omnibus quæ ad dominij causam pertinẽt, quantũ si dos ei restituta esset: licet non eò minùs cogenda sit cauere marito, eadem scilicet subsistente æquitatis ratione, quæ iã olim suadebat vt eius locationis nomine, quã bona fide maritus iniisset, indẽnitatem ei mulier præstaret. Similiter igitur in locatione à prælato facta dicendum est, nó debere illam nocere successori, quia non successoris, at ne quidẽ ecclesiæ, sed ipsius prælati nomine facta est, vtpote qui re vera fructuũ ex beneficio perceptorũ & percipiẽdorũ dominus sit, quãdiu viuit. Vnde illud etiá est quod vsufructuario cõparatur in vita, & vsuario in morte: neque negari potest quin eo defuncto quisquis in beneficio successor est idem iuris habeat ad colonum veterem expellendum, nouúmque inducendum: siue dominij iure prælatum censeri velis, siue vsufructuarij. Proinde nihil omnino causæ est cur locationi à decessore suo factæ inuitus stare cogendus sit: siue in longius tempus facta fuerit locatio, siue in breuius. Sed & illud ausim dicere, colonũ à nouo prælato ante finita conductionis tempora expulsum, nullam ideo cõtra defuncti heredes actionem habiturũ, sicut nec haberet contra heredem alterius cuiuslibet vsufructuarij, *d. l. si quis domũ* 9. §. 1. *D. locat.* quia vt in eo qui ab vsufructuario cõduxit Iureconsultus eo loco scribit, prospicere potuit & debuit fieri posse, vt locatoris ius finiretur ante tẽpus conditionis impletum, eóque casu futurũ,

vt ipſam quoque conductionem finiri neceſſe eſſet. Multóque minùs illud dici poteſt, arctandum eſſe eum qui in beneficio ſuccedit vt vltimi poſſeſſoris heredi caueat de indemnitate, cùm in beneficio aut beneficij fructibus nullum ius heredi reliquum ſit, cuius prætextu poſſit habere retentionem ad eiuſmodi cautionem extorquendam, dominium namque beneficij penes eccleſiam ſemper manet, libera autem adminiſtratio, itúſque percipiendorũ fructuum, ſicut in prælati perſona finitur ipſius morte, ita & nouo ſucceſſori acquiritur ex quo die incipit ius in beneficio habere. Et hæc quidem de prælato cõtra Molinæum dicta ſint. De locatione verò per eum facta qui heres inſtitutus, & de reſtituenda hereditate rogatus eſſet, alius tractatus eſt an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit. De quo tractant ex noſtris nonnulli ad *l. poſt ulante §.1. D. ad S.C. Trebell.* Aptanda autem quæſtio eſt ad eum caſum, quo heres rogatus ſit hereditatem reſtituere non purè, ſed poſt diem vel ſub conditione, vt ante moram locatio per heredem facta reperiatur. Alioqui fideicommiſſario nocere proculdubio non poſſet quod heres poſt moram & nullo iure feciſſet. Ego, vt citiùs expediam, ſic ſtatuo, fideicommiſſarium cui reſtituta eſt ex fideicommiſſo hereditas cùm in omnibus & per omnia heredis dominique loco eſſe intelligatur cogi non poſſe ab eo qui cum herede contraxit vt ratam faciat locationem. Nam facta reſtitutione hereditatis fideicommiſſariæ, non minùs iuris habeat in rebus omnibus hereditariis, quàm ſi heres ipſe eſſet, cùm ſit heredis loco, nec quicquam impediat quominus heres verè ſit & dicatur, quàm quod fieri ne queat, vt vel qui heres eſt deſinat heres eſſe, vel vni duo in ſolidum ſint heredes. Hoc ipſum verò quod dicimus, eſſe illum heredis loco, non hunc ſenſum habet vt in ipſius heredis locum & iura ſuccedat, ſed ſic potiùs accipiendum eſt, vt acti heres verè fuiſſet, in omnia defuncti iura ſucceſſiſſe exiſtimetur. Quemadmodum & quod dicimus actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant, transferri ex Trebelliano ſenatuſconſulto in fideicommiſſarium, ad hereditarias duntaxat actiones pertinet, non etiã ad eas quas heres ſibi proprias quæſiit facto ſuo poſt aditam hereditatem. Cui cõſequens eſt vt actio ex conducto quæ colono dari potuit aduerſus heredem eundémque locatorem, non perinde ipſi danda ſit contra fideicõmiſſarium, qui neque locauit, neque locationi per heredem initæ aut expreſſim aut tacitè conſentiit. Sed an conductori heres tenebitur? vtique, quia licèt potuerit conductor præuidere futurum fortaſſe vt ante finitam locationem reſtituenda eſſet hereditas ab herede, ius tamen heredis non finitur per hereditatis reſtitutionem, cùm nihilominus maneat heres, ideóque nihil imputari ei poteſt qui heredis perſonam bona fide ſecutus ab eo cõduxit, præſertim ſi fideicommiſſum ſub ea conditione relictum fuit, quæ ſicut euenire potuerit, ita & non euenire, imò heredi potiùs imputari poteſt cur in tã longum tempus locauerit, aut cur non ſuſpectam dixerit hereditatem: quo caſu haud dubiè non aliter cogi potuiſſet ad reſtituendam hereditatem, quàm ſi priùs ei de indemnitate cautum fuiſſe: *l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell.* Nam quemadmodum lucrum nullum ex hereditate manere debet penes eum qui inuitus adiit, ita neque damnum. Quòd ſi fideicommiſſum nõ ſub conditione, ſed in diem certam relictum fuerit, imputari magis poteſt heredi cur in id vſque tempus locauerit quod poſt reſtitutionem hereditatis futurũ eſſet, niſi proponas conductoré quoque cùm ad conductioné accéſſit

ceſſit fideicommiſſi formam non ignoraſſe. Eſſet enim quod ei potiùs imputaretur cur in tam longum tempus conduxiſſet, nec proinde aduerſus locatorem ſuum regreſſus illi vllus dandus eſſet *arg. dict. l. ſi quis domum* 9.§.1. *D.locat.*

ERROR SEPTIMVS.

De retentione rei locatæ, quæ fuit obligata conductori.

SÆPIVS iam à nobis dictum eſt, conductorem qui cum vero domino contraxit, ſi rem ipſam conductam ſiue ſpeciali, ſiue generali pignoris conuentione obligatam habuerit, non poſſe ab emptore alióve quolibet nouo domino expelli, niſi præſtita priùs per expellentem indemnitate, ſi indemnitatem conſequi quàm in conductione ſtare malit, in eámque rem habere tamdiu ius retentionis. In quo ab iis diſſentimus, qui putant ſpecialem rei conductæ obligationem neceſſariam eſſe: quam ſententiam ſequitur Paponius in ſyntagmate Areſtorum, & Imbertus in Enchiridio. Cùm enim pignoris conuentio ea tantùm ratione conductorem tueatur quod ei det ius in re ipſa quę cõducta fuit, an non perinde habet ius in re qui generaliter bona debitoris omnia, atque qui ſpecialiter eam rem pignori accepit? Atque in eo ſequimur Caroli Molinæi ſententiam in *Conſuet. Pariſ. tit.* 1.§.30.*num.*110. At non in eo ſimiliter quod idem ille negat eam hypothecæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter conſtitutæ vim & poteſtatem eſſe debere vt locationi ab alio factæ ſucceſſor præcisè ſtare compellatur, contra quàm reſponderit Socin *conſ.*90.*lib.* 4. Nam quod Molinæus diſputat ex pignoris obligatione, quæ non niſi acceſſoria eſt, principalem obligationem ampliari nullomodo poſſe, ad rem nihil pertinet. Neque enim ampliabitur principalis obligatio, quamuis ita ius conſtitutum ſit, vt hypothecæ adiectio præciſam inducat ſeruandæ conductionis neceſſitatem. Siquidem is ipſe qui locauit, & hypothecam conſtituit haud dubiè in id præcisè obligatus eſt, vt locationi à ſe initæ ſtare debeat, nec audiendus ſit ſi quanti conductoris intereſt ei offerre quàm præſtare patientiam malit. Cur non enim contractum à ſe geſtum implere debeat quem ſola patientiæ præſtatione implere poteſt? Aut cur ei contra factum proprium inuito aduerſario venire concedamus? Si aliquid facere cogeretur, poſſes cum Molinæo dicere, in locum obligationis faciendę ſuccedere præſtationem eius quod intereſt ex *l. ſi quis ab alio* 13.§.*vlt. de re iudicat.* quam vnam Molinæus adducit, at pati duntaxat nõ etiam facere quicquam debet, eáque nimirum præcipua ratio eſt qua moueor vt exiſtimem, ſucceſſorem præcisè cogendum vt ſtet colono, qui rem ipſam conductam habet ſibi obligatam: Nam ius conſtitutæ hypothecæ quod in re ipſa eſt, ſicuti rẽ ipſã ſequitur quocumq; ierit, ita & facere debet vt nõ alio iure poſſit res eſſe penes nouũ ſucceſſorẽ quàm quo fuit penes locatorẽ. Idque certè verũ eſſe quãdiu ius pignoris, & hypothecæ durat nemo negauerit. Sed obiicies fortaſſe pignoris cuiuslibet naturã & conditionẽ illam eſſe vt lui quandocũque poſſit oblato omni eo, quod debetur, ſi nihil niſi ipſa pignoris obligatio ſpectetur. Nihil autem aliud eſſe quod ſpectari poſſit quando agitur aduerſus

ſucceſſorem, cùm ex propria perſona non ſit ille conductori obligatus. Fateor: ſed hoc contendo tum etiam cùm agitur contra locatoris ſucceſſorem ſi quæratur de luendo pignore, ac proinde quid & quantum debeatur non aliud in principali obligatione poſitum videri debere, quàm ſi contra locatorem ipſum ageretur. Non enim ex perſona poſſeſſoris immutari poteſt conditio principalis obligationis vt nec ipſius pignoris. Idipſum igitur à locatoris ſucceſſore præſtandum eſt ad luendum pignus, quod ab ipſo locatore præſtari oporteret. Atqui conſtat in perſona locatoris qui ipſe contraxerit, & contrahendo ſe ita obligauerit ad patientiam præſtandã, vt ne quidem pleniſſima eius quod intereſt obligatione poſſit ſe liberare, tale ius eſſe vt luendi pignoris aliud ius nullum habeat, niſi vt conductorem frui patiatur, quandoquidem ea ipſa fruendi patientia, vt diximus, in principali obligatione eſt: Alioqui pignus à locatore datum in vtilitatem & gratiam conductoris, principalem obligationem minueret, quam ſi non augere & ampliare ſaltem confirmare debuiſſet. Faciet ergo pignus à locatore conſtitutum, vt locatoris ſucceſſor ſingularis, quiſquis ille erit perinde obligetur non perſonali quidem vinculo, ſed tanquam poſſeſſor pignoris ad patientiam præſtandam atque ſi ipſe locaſſet, quia perſonalis obligatio licèt tota ex contractu æſtimetur, nec ſequatur fundi poſſeſſorẽ *l. vlt. §. 1. D. de cont. empt.* & *l. §. ſi heres. D. ad S. C. Trebell.* tamen dat legem pignori cuius poſſeſſio obligat poſſeſſorem: abſurdum fuerit & aliâ meliore conditione pignus lui poſſe per ſucceſſorem locatoris quàm per ipſum locatorem. Nec eſt contrarium quod ſecundo huius Decadis capite docuimus, pignoris conuentionem ſubiectam pacto de non alienando, aut de retrouendendo non poſſe impedire alienationem. Id enim ratione illa fieri diximus, quod qui promiſit ſe tibi retrouenditurum aut non alii quàm tibi rem ſuam venditurum, ſi contrà faciat non ad aliud teneri poteſt quàm vt præſtet tibi quanti tua intereſt ab eo contrà factum non fuiſſe, cùm non ſit præcisè ad hoc obligatus vt tibi vendat aut retrouendat, quoniam facti obligationes illæ ſunt, in quo obligationum genere, quod iam toties inculcauimus receptum eſt & conſtitutum, vti ne quis præcisè cogi poſsit ad factum quod extra vim & impreſsionem fieri non poſſet, ſed in locum facti ſuccedat præſtatio eius quod intereſt *d. l. ſi quis ab alio* 13. §. *fin. D. de re iudic.* Itaque ſi eo caſu tractetur de luendo iure pignoris & hypothecæ ſiue per eum ipſum qui hypothecam conſtituit, ſiue per eius ſucceſſorem, ſoluitur vtique idipſum quod in principali obligatione eſt cùm id quod creditoris hypothecarii intereſt præſtatur: at in propoſita quæſtione de re locata conductori obligata, principalis obligatio non in faciendo verſatur, ſed potiùs in nõ faciendo, id eſt in præſtanda patientia, quæ quoniam hoc ipſo præſtatur quod nihil fit contra cõuentionem, præcisè ſanè præſtanda eſt, nec proinde quantacumque pecunia lui poteſt pignus quod in eiuſmodi præciſę obligationis cauſam datum eſt, ſi conductor locationem ſtare malit, quàm quanti ſua intereſt accipere. In eóque ſingulare ius eſt locationis, quemadmodum habet illa proprio quodam iure vt locator non ad faciendum aliquid, ſed tantùm ad patientiam præſtandam conductori obligetur, vt ei liceat frui re conducta. Quod cùm ita ſit, multò minùs ferendus eſt alius pragmaticorum error, quem ſupradicto loco idem Molinæus refert probátque, vt colonus cui obligata res eſt, retentionis ius habeat pro adiudicatione duntaxat eius quod ſua intereſt, non

non etiam pro liquidatione & refusione. Cur enim pignoris possessionem ei aufferamus priusquàm solutum sit omne id quod debetur, aut eo nomine satisfactum? An non abhorret id à natura pignoris, itémque à ratione iuris, vt cui damus actionem, denegemus retentionem? Fateor non esse æquum, vt prætextu eius quod interest longior mora rei restituendæ fiat vero domino, si fortè colonus tergiuersando in longiorem diem negotium trahat: eóque casu auferendam colono possessionem, præstita tamen, vt fieri solet satisdatione de soluenda quantitate quam postmodum iudex taxaturus sit, sed si bona fide rem colonus gerat, nec quicquam sit quod ei possit imputari, nego auferendam ei possessionem rei obligatæ quandiu pignoris vinculum & obligatio subsistit.

ERROR OCTAVVS.

Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit, expellere conductorem iustis de causis velit.

QVOD proximo capite diximus, non esse permittendum locatori vt ante finitum conductionis tempus expellat conductorem quamuis ei offerat quanti ex ea causa potest ipsius interesse, verissimum quidem est, sed non tamen apud pragmaticos omnes in confesso. Sunt enim qui putét audiendum esse locatorem: si paratus sit præstare quanti interest cõductoris. Illa potissimùm ratione quòd qui pignoris iure rem persequitur, à rei persecutione liberatur si qualiscumque possessor debitum offerat *l. Paulus* 13. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Sic enim Roll. à Valle *cons. 6. nu. 10. & seqq. vol.* Sed ad hanc rationem iam respondimus, locatione facta non quanti conductoris interest frui, in debito esse, sed ipsam fruendi patientiam, vt quod sine vi & impressione fieri commodè potest, cogatur præcisè pati locator, vt conductori liceat frui re conducta. Cur enim ei permittamus, vt sine causa veniat cõtra proprium contractum? Fateor posse conductorẽ si expellatur, aut quod aliter est re conducta frui prohibeatur, agere ex conducto, & agendo consequi quanti interest sua, *l. 1. §. 1. D. de superfic.* Sed nego cogendum eum pecuniam accipere si ad id potiùs locatoré adigere velit vt locationi stetur præcisè: sicut è contrario dicimus l. inuitum. conductorem cogi stare conductioni & conuentam mercedem soluere, tametsi possit fieri vt nihil interfit locatoris, fortè alio existente, qui aut eadem, aut etiam meliore conditione ad conductionem accedere velit. Inuitos enim conductores aut eorum heredes tunc non esse retinendos dicimus, cùm locationis tempora iam sunt impleta *l. inuitos* 11. *C. de locat.* Hánc que sententiam probat apertè quod scriptũ est in *l. 3. eo.* his verbis, *ædes quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum soluisti, inuitam te expelli non oportet.* Nam quod quidam respondent tractari eo loco de conductore qui iam soluerit integram pensionem, quasi plus iuris habere is debeat, quàm qui aut nihil aut partem duntaxat soluit, non puto ad rem pertinere. Quid enim referre potest, an conductor pensionem totam soluerit, an soluere sit paratus? Nisi quod post solutionem factã nullus supersit de anterioris temporis mora quærendi locus, de qua tamen quæri potest quandiu facta solutio non est. Constat enim conductorem qui in soluenda pensione morã contraxit, hac ipsa de causa impunè expelli pos-

Digitized by Google

ſe,tum etiam cùm nominatim conuenit ne intra locationis tempora expelli conductor poſſit *l.quæro* 54.§.1.D.*eod.*moram autem tunc ſaltem contractam videri,cùm biennio integro ceſſatum fuit *d.*§.1.& *l.cùm domini* 56.*eod.* licèt cùm de iure emphyteutico agitur triennij ceſſatio requiratur *l.2.C.de iur.emphyt.*quoniam nimirum plus iuris habet emphyteuta qui vtilis dominus eſſe creditur,quàm ſimplex conductor *l.1.*§.*quod ait.*D.*de ſuperfic.l.2.*§. *vlt.*D.*ſi ager vectigal.*Extra hanc cauſam moræ & ceſſationis biennalis expelli conductor non poteſt,præterquàm certis caſibus,de quibus in *d.l.3.C.de locat.*id eſt,niſi dominus rem à ſe locatam propriis vſibus neceſſariã eſſe probauerit,aut corrigere domum velit,aut in ea re conductor malè verſari proponatur.His caſibus conſtat inter omnes conductorem expelli poſſe, & quidem impunè,id eſt,ita vt ne quidem quanti obeam rem intereſſe conductoris poteſt,præſtare teneatur,ſed tantùm pro rata temporis remittere mercedem *l.ſi fundus* 33.*in fin.*iunct.*l.& hæc diſtinctio* 35.*D.eod.*Sed dubitatur tamẽ à pragmaticis,an idem dicendum ſit,ſi pro contractus obſeruatione, vt fieri aſſolet,res locata conductori fuerit obligata.Sunt enim qui ſic ſentiant,ſecuti Raph.Cumanum ad *l.ſi filiofamilias* 29.§.*vlt.D.ſolu.matr.*Diuerſitatis rationem illam afferentes quòd hoc caſu conductor ius habeat re ipſa, proindéque eius retinendæ facultatem quouſque ſaltem pleniſſimam indemnitatem conſecutus:vnde illud etiam eſt,quòd idem iuris conſtituunt ſi fundus vectigalis & emphyteuticarius eſſe dicatur, id eſt, in perpetuum locatus ea lege,vt quandiu vectigal pendetur, tandiu neque ipſi qui conduxerit, neque illius ſucceſſori auferri res poſſit *l.1.*(vbi ſic legendum eſt,reſtitutis verbis illis *tandiu & quandiu*, quæ tranſpoſita leguntur) *D.ſi ager vectigal.*Imò etſi fundus non vectigalis locatus ſit, dũ ne ad modicũ tempus,id eſt vt vulgò interpretantur, quòd ſit minus decẽnio.Nã & ei qui ad legũ tempus conduxit,vtilem in rem actioné Prætor dat verbis edicti *De ſuperficiebus d.l.1.*§. *quod ait ill.ti. De ſuperfic.*Sed mihi ſententia hæc placere nullomodo poteſt. Neque.n.conuentio pignoris locationi ſubiecta facere poteſt vt durius obligetur locator quàm ſi rẽ conductã neque ſpecialiter,neque generaliter obligaſſet:ſed tantùm vt eo magis cautũ ſit cõductori in eũ caſum,quo perſonalẽ duntaxat actioné habiturus eſſet,ſi de pignore nõ cõueniſſet.Atqui nõ teneretur locator expulſo cõductori vllo ex quatuor ſuprad.caſibus, niſi ad faciendã mercedis remiſſioné,vt diximus.Nõ ergo magis teneri debet ob id ſolùm quod cõtractui adiecerit hypothecã.Alioqui obligatio illa pignoris, quæ nõ niſi acceſſoria eſt,plenior eſſet principali,& principalem ampliaret, quod abſurdũ fore docuimus in ſuperioribus.Cùm autẽ conductori ius aliquod in re tribuimus nõ propter conuentioné pignoris,ſed propter factã in longũ tempus locationẽ,multò minùs dici poteſt prohibendũ locatorem ne conductoré ſuum poſſit expellere, ſi fortè re ſua neceſſariò vtendũ habeat, aut reficere eam velit aut impedire ne cõductor ea malè vtatur.Tantò minùs enim fauorabilis eſt locatio in longũ tempus facta quàm quæ in modicũ quantò grauiùs locatori futurũ ſit, ſi re ſibi neceſſaria diutiùs carendum habeat ,aut domus refectionem in longius tempus differre,aut pati denique vt in re locata cõductor diutiùs malè verſetur.Itaq; nec illud credibile eſt eũ qui in longũ tẽpus locauit animo id agitaſſe,vt expellendi cõductoris facultatẽ ſibi præriperet iis caſibus quibus alioqui ius haberet ipſius expellendi, idq; certiſſimi,iudicio meo,iuris eſt,in fundis nõ vectigalibus qui ita colẽdi dãtur vt priuatim agros noſtros colẽdos dare ſolemus.Sed in vectigalibus

Digitized by Google

facilè admittá aliud iuris eſſe,nó ratione illa quã pragmatici adferunt quod pro iis cõductor ius in re habeat(quæ ratio etiá fundis nó vectigalibus dũmodo locatio facta eſſet in longũ tempus aut ſub hypotheca,cõueniret)ſed quia huiuſmodi fundorũ propriũ ius eſt vt expreſſam habeant conuentionẽ de cõductore nunquá expellendo,quandiu vectigal pendetur *d.l.ſi ager vectig.* Cuius conuentionis poteſtatẽ totá in eo elucere neceſſe eſt,vt nulla alia de cauſa expelli conductor poſſit,tametſi alioquin poſſet,ne aliter poſito iu re eueniat vt inutilis ea conuentio ſit, nec plus operetur expreſſa quàm ſi expreſſa non eſſet.Siquidem in fundis quoque non vectigalibus ita obtinere iam dicimus vt ſi in ſoluenda penſione ceſſatum ſit,liceat locatori expellere conductorem,ſufficiátque ceſſatum fuiſſe per biennium, non expectato triennio,quod in vectigalibus & emphyteuticariis hodie expectandum eſt poſt *d.l.2.C.de iur.empht.* Nempe,vt lex ait,cùm ſpecialis conuentio nulla de ea re interceſſerit,nam ſi conuenerit expreſſim ,vt ob non ſolutam penſionem expelli conductor poſſit,ſufficit moram quamlibet in ſoluendo cõmiſſam fuiſſe,nec triennium expectatur.Et ſanè qui fundum in perpetuum locant hac lege vt quandiu vectigal pendetur tandiu conductoribus res aufferri non poſſit,facere non poſſunt,quin ſiue ob vſus neceſſarios,ſiue ad rei refectionem præripiant ſibi expellendi conductoris facultatem. Cur enim locaſſent in perpetuũ ſi in vſus ſuos neceſſarios eam habere aliquãdo voluiſſent?Planè cùm emphyteuta malè in re emphyteuticaria verſatur, nõ nego aufferri ei rem poſſe etiam citra conuentionem,nimirum ex natura cõtractus qui nec ob aliam cauſam initus eſſe intelligitur,quàm vt emphyteuta meliorem rem faciat non vt deteriorem:vnde & *melioratiõnis* contractus à pleriſque appellatur.An non ergo plus iuris habebit is,qui conduxit in lõgum tempus quàm qui in modicum?Minimè,quod ad hoc attinet vt à locatore expelli non poſſit.Neuter enim expelli poteſt,niſi ex iuſta cauſa:qua portò interueniente perinde ille atque hic expelli poterit. Sed ſi locator eã rem in alium tranſtulerit ſiue per venditionem, ſiue per aliam quamlibet ſpeciem alienationis,plus vtique iuris habebit qui in decẽnium, quàm qui in triennium,aut quinquennium conduxit,nimirum ,vt non poſſit expelli à ſingulari ſucceſſore,quia cùm ius in re habeat adeò vt in rem quoque actione experiri queat,multò magis danda ei retentio eſt,ex vulgata iuris regula *l.1.§.is autem.D.de ſuperfic.* Scilicet,niſi ex iis cauſis,ex quibus poſſet expelli ab ipſo locatore,de quibus in *d.l.ade.* Nec enim poteſt durior eſſe conditio ſucceſſoris qui non contraxit, quàm futura eſſet ipſius locatoris qui contraxit. Nihilque hac parte intereſt,an conductor ius in re habeat propter adiectam conuentionem de pignore,An propter factam in longum tempus locationem.

ERROR NONVS.

Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata.

DIVERSVS eſt hic tractatus à ſuperiore.Nam ex iis ipſis qui putant non eſſe permittendum locatori qui rem locatam obligauit conductori,vt expellat conductorem,licèt ea cauſa interueniat quæ alioquin ad eum expellẽdum iuſta videri deberet, Non deſunt qui putent aliud reſpondendum eſſe in perſona eius qui ſingulari iure locatori ſucceſſerit , quaſi fauorabilior illius cauſa

videri debeat, vel ob id maximè quòd non contraxit. Quæ tamen ſententia vel primo aſpectu ipſo falſa eſt. Si enim ſubiecta pignoris conuentio ſufficiens eſſet ad tuendum conductorem aduerſus locatorem, quidni prodeſſe etiam deberet aduerſus ſingularem quemlibet ſucceſſorem, cùm perinde vtroque caſu ius pignoris & hypothecæ afficiat rem ipſam de qua diſputatur? Siquidem ſemel cõſtituto vtiliter pignore, nihil prorſus intereſt creditoris pignus habentis, ad quem aut quonam iure dominium transferatur: veréque tunc obtinet quod dici ſolet, cauſam pignoris cum cauſa dominii nihil habere commune, *l.1. D. de pignor.* Etſi verò iam diximus, magis probari nobis contrariam ſententiam, vt conuentio pignoris non impediat quominùs expelli conductor poſſit etiam ab ipſo locatore, ac multò magis à ſingulari eius ſucceſſore, quoties nullo adhibito pignore iuſta eius expellendi cauſa ſubeſſet, illa tamen adhuc ſupereſt, nec inelegans dubitatio, an iuſta illa cauſa ex perſona ipſius locatoris æſtimari debeat, an ex perſona ſucceſſoris. Finge donatarium aut emptorem de ducenda vxore cogitare, ex eáque cauſa locatis ædibus neceſſariò egere, An conductorem expellere poterit, quemadmodum poſſet ſi ipſe locaſſet? An expectandum erit vt locator qui eas ædes donauit aut vendidit, nuptias ineat, vt expellendi conductoris ius præbeat emptori vel donatario, nullum alioquin habituro? Conſequens autem videtur ſuperioribus, vt idem ius obtineat, in perſona ſucceſſoris quod in perſona locatoris, idipſúmque conſtituatur pro ſucceſſore, quod conſtituendum eſſet ſi ipſe locaſſet: cùm non potuerit locatio, quantumuis pignore ſubnixa facere quominùs liberum domino fuerit rem ſuam alienare, ſatiſque conductori eſſe debeat, quòd non alia eius conditio ſit propter alienationem à locatore factam, quàm ſi à locatoris ſucceſſore conduxiſſet. Obſeruandum autem eſt non alio caſu poſſe huic quæſtioni locum eſſe, quàm quo velit dominus expellere conductorem ob eam cauſam quòd re locata ipſe egeat in neceſſarios vſus. Nam ſi agatur de conductore ob id expellendo, quòd in ſoluenda penſione per biennium ceſſauerit, aut quo domus reficienda ſit, aut denique quòd malè conductor verſetur in re locata, nemo dubitat quin nihil prorſus interſit an locator dominus ſit, an alius qui à locatore cauſam habeat, quandoquidem huiuſmodi cauſæ expellendi conductoris aut ex re ipſa, aut ex conductoris perſona proficiſcuntur. Sed cùm in vſus proprios fruendæ rei neceſſitas emergit, quemadmodum alia locatoris perſona eſt, alia ſucceſſoris, ita & alia neceſſitas, quæ ex locatoris perſona occurrit, alia quæ ex perſona ſucceſſoris, vt cernere eſt in exemplo illo quod attulimus, De emptore aut donatario vxorem ducente, cùm fortè locator ipſe aut vxorem iam tum duxiſſet cùm locauerat, aut ducturus nunc non eſſet. Illud autem ſuadere potiſſimùm videtur vt locatoris non noui ſucceſſoris perſonam ſpectari oporteat, quòd fieri poteſt vt conductor cùm ad ineundam conductionem acceſſit, cogitauerit ſibi rem eſſe cum eo, qui iam tum ducta vxore aut numquam, aut non tam facilè poſſet in proprios vſus ædibus locatis indigere, quàm ſi nullam dum vxorem eo tempore habuiſſet. Nã quemadmodum is qui iam ipſo locationis tempore vxorem habuit non poteſt prætextu matrimonii conductorem expellere, propterea quòd de nouo cauſam emergere neceſſe eſt, quæ expellendi conductoris ius præbere poſſit *arg. l. pen. D. de iur. dot.* Ita qui cum alio contrahit nullam dum coniugem habente, facilius præuidere poteſt & debet, fieri poſſe vt aliquando vxorem ducere

cere locator velit, ex eáque causa egeat in proprios vsus re locata. Proinde non est quod de alio quàm de se ipso conqueratur si hac de causa illum expellere locator velit. Quod non similiter dici potest, si locator qui vxorem habuit, rem suam alienauerit in eum qui mox sibi vxorem quærat. An enim potuit conductor præuidere aut potiùs diuinare hoc futurum? Quid verò absurdius quam semel constitutam obligationem in persona contrahétis, ex persona successoris posteà immutari, siue vniuersalis, siue singularis successor proponatur? Atqui multò absurdius illud fuerit expelli conductorem à locatoris successore ob euentum qui in persona locatoris contigerit, post alienatum rei locatæ dominium in eum qui non egeat re conducta in proprios vsus. Cur enim spectemus personam egentis qui non sit dominus, aut domini qui re sua non egeat? Ergo cùm vtrumque concurrere necesse sit, concludo quod antè me fortassis nemo dixit, singulari successore vxoré ducente, ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes esse debere, ne alioquin eueniat vt durior facta sit eius cõditio per alienationé rei locatæ, idémque obtinere, etiamsi in persona locatoris repentinus matrimonij casus emersent, propterea quòd nihil amplius interfit locatoris alienata re illa qua in proprios vsus alioqui indigere posset, sicut nec interest donatarij aut emptoris, quòd locator vxoré duxerit. Ergo neq; à locatore expelli poterit, neq; à singulari locatoris successore: Nec solùm si qua hypotheca cõtracta sit, sed etiamsi nulla: quia hypothecæ adiectio non illa est quæ expellendi conductoris ius auferre potest, sed bonæ fidei ratio quæ certis casibus hoc locatori ius tribuit, iis videlicet quibus verisimile sit id actum fuisse inter contrahentes, bona fide interpretationem hanc suggerente. Denique quoties de conductore expellendo, vel non expellendo tractatur, quod ad locatorem pertinet nihil interest an de pignore conuenerit, necne: Quod ad singularem verò successorem, tum demùm interest cùm non alia de causa colonum expellere vult successor, quàm quòd alius non ipse contraxerit: Si enim alia iusta causa subsit coloni expellendi, non potest fieri aut facta videri durior conditio locatoris, aut alterius cuiuslibet, qui in locatoris iura successerit ob solam pignoris conuentionem insertam.

ERROR DECIMVS.

De eadem re pluribus separatim locata, vel vendita, vel obligata.

EST quidem hæc quæstio prorsus aliena ab instituto tractatu de pacto retrouendédi, sed tamen ad proximas quoque quæstiones pertinens, De colono expellendo, vel retinendo. Potest enim fieri vt qui rem suam alteri locauit, eandem postmodum non vendat quidem, sed locet alteri, fortè maiorem pensionem offerenti, quo casu perinde dubitari potest an priorem conductorem expellere posterior possit, an verò potior eius causa esse debeat qui tempore prior reperitur. Non desunt qui pro primo conductore respondeant, adeóque tametsi secundo tradita res proponatur: inter quos Iason est ad *l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Non desunt etiam qui pro secundo, post Alex. quem refert Cotta in Memorab. in verb. *locatio.* posterioris huius sen-

tentiæ præcipua, imò tota ratio pendet ex emptionis & conductionis similitudine atque affinitate. Constat enim, iisdem ferè iuris regulis venditionē & locationem, itémque emptionem & conductionem constitere, vt ait *l.2. D.locat.* In venditione autem & emptione ita comparatum esse vt si eadem res pluribus separatim vendita sit, præferatur is cui priori tradita est, licèt posterior emerit *d.l.quoties. l.siue autem 9.§.si duobus. D.de Publician. in rem act.* Sed apertissima dissimilitudinis ratio est. Nam in vindicatione idcirco constitutum est, vt is cui primùm tradita res fuit præferatur, quòd licèt venditio solo consensu perficiatur, sicut & locatio, dominium tamen ex sola venditione non transfertur, non magis quàm ex pacto nudo, sed tantùm per traditionem & illius emptionis & venditionis causa subsecutam. §. *venditæ Instit. de rer.diuis. l.traditionibus 20.C.de pact.* Proinde quoties de dominio inter plures emptores qui separatim emerunt contenditur, non potest esse non potior is cui priùs res tradita est, cùm solus ille sit in quem dominium translatum fuit, manente tamen venditore obstricto emptori non solùm crimine stellionatus, *l.3. D.de crimin.stellion.* sed etiam actione ex empto in id omne quod interest primi emptoris, cui ex conuentione tradere rem debuerat quam vendidit & tradidit secundo. At in locatione & conductione non id agitur vt dominium in conductorem transferatur, nec si id expressim agatur, fieri tamen vnquam possit, quia titulus conductionis non est iure ciuili habilis ad dominū transferendū, & traditio quæ ex ea causa fit, quod ad dominij translationem pertinet, nuda est & iniusta, & consequenter non potest esse efficax ad hoc vt dominij translatio inducatur, *l.n unquam nuda 31. D.de acquir.rer.domin.* Quid ergo interesse potest an conductori primo aut secundo tradita sit rei possessio, necne, cùm solo consensu contractus is perficiatur, neque traditionem vllam requirat ne quidem ad effectum & implementum, sed tantùm vt locator præstet patientiam? Itaque rectiùs videatur locatio & conductio cōparari posse pignori & hypothecæ, quia licèt pignus non nisi re & traditione contrahatur quatenus ab hypotheca distinguitur, quæ solo consensu perficitur, tamen statim atque conuenit de pignore, constat obligationem esse contractam, & pignoris vinculo rem obstringi, vt nō tantùm aduersus creditorem, sed etiam aduersus quemlibet possessorē hypothecaria exerceri possit. Ob idque nimirum placuit eadem re pluribus separatim obligata præferendum esse eum qui prior conuenit de pignore, nō cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypotheca vendenda conuenerit, *l.creditor 12.§.vlt. D.qui potior.in pignor.hab.* Obiicies fortasse, si pro pragmaticis subtilem agere voles, in venditione quoque perinde vsuenire posse atque in locatione & pignore, vt de dominio trāsferendo tractari nō oporteat, fortè si non dominus eandem rem pluribus vendidisse proponatur. Nemo enim dixerit per traditionem à nō domino factam, dominium transferri posse, cùm traditio nihil amplius transferre debeat, vel possit ad eum qui accipit, quàm sit apud eum, qui tradit, *l.traditio 20. D.de acquir.rer.domin.* Et tamen certum est, illo etiam casu quo venditio facta sit à non domino potiorem esse ex emptoribus eum cui priùs res tradita est, *l.si ea res 31.§.vlt. D. de action.empt.* Quidni ergo, inquies, idem in locatione & conductione seruabimus, vt quamuis dominium ex ea causa transferri nequeat, is tamen cui ptiùs tradita res fuerit, alij præferatur? Respondeo hac in re perpetuò dissimilē esse locationis & venditionis rationē, tùm etiā cùm venditio à nō domino

minio facta est: quia quamuis hoc casu non magis ex venditione quàm ex locatione dominium transferri possit, venditionis tamen contractus talis est ex quo posset dominium transire in emptorē, si dominus venditor fuisset, ac tametsi non id agi soleat inter emptorem & venditorem vt res detur, hoc est, vt rei venditæ dominium omnimodo fiat emptoris, sed tantùm vt vacua rei possessio tradatur emptori, quoniam res quoque aliena vendi potest *l. rē alienam* 28. D. *de contr. empt.* iūct. l. *ex empto* 11. *De action. empt.* Agitur tamen per consequentias vt si venditor sit dominus, transferat etiá cū possessione dominium quod habet, ideóque quoties emunt plures à nō domino quē dominum esse arbitrantur, & bona fide, ratio iuris facit vt nō solùm quod ad vēditoris personā attinet, sed inter ipsos etiam idem obseruetur acti à domino emissent, id est, vt si fortè eius rei dominiū vēditori postmodùm acquiratur, nō magis dominij quæstionē facere emptori possit, quàm si iá ipso vēditionis tēpore dominus fuisset *l. vindicātem* 17. *D. de euict.* Imò verò cogatur implere venditionē, vt Paulus loquitur in *l. si quis alienā* 46. D. *de action. empt.* id est, dominiū quod venditionis tēpore nō habuit, nunc verò habet, trāsferre in emptorē. Itē vt si inter emptores ipsos cōtrouertatur, potior sit is cui priùs res tradita est, siue ab eodē, siue à diuersis venditoribus emerint, quia & præferretur si à domino emissent. Quinetiá, quod magis mirū videri debeat, habet qui à nō domino bona fide emit Publicianā aduersus extraneū quēlibet possessorē, id est solo domino excepto *l. 1. l. penult. & pass. D. de public. in rē act.* quæ actio licèt sit prætoria, tamen ad instar vindicationis est, eūdemq; effectū obtinet, vt qui à nō domino emit bona fide, & in eo est vt vsucapere possit, pro eo habeatur acti dominus iā factus esset. §. *namque. Instit. de actiō.* Quo exemplo idē quoque constitutū videmus in pignore, vt quānis nō possit pignoris vinculo res obligari nisi à vero domino, *l. & quæ nondū* 15. §. *quo d dicitur.* D. *de pignor.* si tamen plures ab eodem nō domino pignus acceperint, debeat is præferri qui prior conuenit de pignore, nō autē is qui prior factus est possessor *l. si non dominus* 14. D. *qui potior. in pignor. habeant.* Nimirū, quia licèt re vera pignus nullum contractū sit, neq; cōtrahi potuerit, habet tamen huiusmodi falsum pignus veri pignoris imaginē, eodémque proinde iure cēsetur, sicut & venditio à nō domino facta eius venditionis naturā imitatur, quæ à vero domino facta esset, tanto magis quòd ipsa quoque vera non falsa venditio est, præsertim cùm emptor ab eo quem dominum putabat esse, comparauit, etsi nec aliud est si quis emerit mala fide ab eo quem dominum non esse sciuit, quia perinde venditio valet: quæ tamen bonæ & malæ fidei distinctio vix cadit in personam creditoris pignus accipientis. Quis enim tam stultus sit, vt ab eo quem dominum nō esse scit, pignus accipere, id est nihil prorsus agere velit? Nihil enim aliud agitur pignoris datione, nisi vt res ipsa obligetur, non vt persona quæ pignus dat, quæque ipsa iam est obligata, cùm personalem obligationem præcedere necesse sit, vt pignoris quæ accessoria est, sequi possit: in venditione autem ex cōtrario id agitur, vt persona venditoris, non vt res ipsa obligetur. In eo tamen etiam quod ad propositam quæstionem pertinet, alia venditionis, alia pignoris ratio est: quòd si à diuersis non dominis plures pignus accipiant, melior est conditio possessoris, non eius qui prior conuenit de pignore *d. l. si non dominus.* In emptione verò nihil interest an ab eodem domino, an à diuersis plures emerint, sed omnimodo præfertur is cui priùs tradita res fuit, *d. l. si ea*

res 31.§.vlt. De action.empt. Hoc ideò, quia traditio illa esset, per quam dominium in emptorem transferri debuisset si dominus venditor fuisset, ac quāuis neuter sit dominus, plus tamen præstat venditor qui rem alienam vendit & tradit, quàm qui non tradit, nec cogitur is, qui posterior contraxit, & cui priori tradita res est, vt primi emptoris intentionem excludat, obijcere de non dominio venditoris communis, quia etiamsi vnditor verè dominus fuisset, non ideò tamen dominium sine traditione in primum emptorē trāstul. sset. Cùm verò tractatur de pignore à pluribus non dominis conuento, sicuti nulla ex pignoris cōuentione nascitur obligatio, ita neque referre potest vter prius ab hoc aut ab illo pignus acceperit, párque omniū causa est, licèt alius prior, alius posterior contraxerit, quia præter conuentionem nihil est quod creditori ius pignoris tribuere possit, quandoquidem nihil cōmune habet traditio cum obligatione pignoris constituenda, quod diuersum est, cùm ab eodem non domino plures pignus acceperunt diuersis temporibus, quià is qui posterior conuenit de pignore, licèt sit etiam possessor, nō potest dicere datum pignus à nō domino quin se nullo iure pignus tenere fateatur, & hoc ipso quod pignoris ius sibi adserit, in eas se angustias vltro cōiicit, vt nō alio iure censeri debeat, quàm quo esset si à vero domino pignus datum fuisset: quo casu haud dubiè qui prior esset tempore, potior esset iure. At cùm à diuersis nō dominis pignus constitutum est, potest quilibet ex creditoribus aduersarij intentionem eo iure elidere, quòd pignus à nō domino nō nisi inutiliter constitui potuerit, atque ita cùm par sit omniū causa, illud vnum relinquitur, vt melior sit conditio possessoris. Id enim est quod dici solet, aduersus extraneos, id est, qui nullum ius in re aut ad rē habeant etiam vitiosam possessionem prodesse *l. vlt. D. de acquir. possess.* Illud tamen obseruandum est, corruptum videri contextum Neratij in *d.l si eares. §.vlt. de act. empt.* in illis verbis, *is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehēdit.* Interpretatio enim sequitur statim, *hoc est cui primum tradita est.* Apparet autem nullum ius in re adprehendere eum, qui emit & rem accipit à nō domino, ne traditio plus iuris in accipientem transferat, quàm fuerit penes tradentem *d.l. traditio.* Vt taceam nō satis propriè dici ius adprehendi, vt nec aliud quidpiam quod sit incorporale. Itaq; nō dubito quin pro *ius eius* legēdum sit *iustius*, vt quod sequitur *adprehendit*, ad possessionem rei venditæ, nō ad ius vllum referatur. Iustius enim adprehendi possessionem is, cui res traditur ab ipso venditore, quàm qui propria autoritate eam occupat, licèt dominus non sit is qui tradit. Cui conuenit quod subiicitur *si alter ex nobis à domino emisset, is omnimodo tuendus est.* Sensus enim est, si ex pluribus emptoribus vnus emerit à domino, alius à non domino, præferendum indistinctè esse eum qui à domino emit, id est, etiamsi non sit ei tradita res à venditore. Non quòd citra traditionem dominus fieri possit, sed quia etiamsi dominus non sit, iustiùs habet possessionem rei emptæ à domino qui eam occupauit propria autoritate, quàm qui traditam accepit à non domino venditore. Quod non satis benè à nobis perceptum erat cùm aliquo Coniecturarum nostrarum loco scribebamus debere Neratium ita intelligi, vt qui à domino emit, ita demum præferatur, si traditio sit subsecuta. Toties enim traditio requirenda est, quoties aut de dominio inter emptores contenditur qui à domino emerint, aut par omnium emptorum causa est quòd à non domino

mino,siue eodem,siue alio atque alio comparatunt,non etiam cùm à domino vnus emit,alius autem à non domino.Semper enim tuendus est, scilicet in causa possessionis non dominij is qui à domino emit,licèt non per traditionem ab eodem domino factam, sed propria autoritate possessionem nactus sit,quia iustiùs possessionē adprehendisse intelligitur.In causa dominij neuter tuendus est & præferendus, quia neuter dominus est.Sanè quod pragmatici volunt ex pluribus qui à domino omnes emerint,ita demùm præferendum esse posteriorem cui prius res tradita est, si venditionem priori factam ignorauit,quod & Rolland.à Valle respondit *cons.9.num.27 lib.*1.mihi probabile fieri nullomodo potest. Non enim scientia posterioris emptoris facere queat,ne per traditionem à vero domino factam dominium transferatur in accipientem:quamuis induceret malá fidem posterioris emptoris,quia nihil cómune habet mala fides cũ acquisitione dominij, nisi cùm per vsucapionẽ acquisitio fit,& mala fides ab initio interuenit.Sed nec inducit hæc scientia malá fidem. Solet enim mala fides ex eo æstimari, quòd quis sciat rẽ esse alienam *l.bonæ fidei* 109 *de verb.signif.*Is autẽ de quo tractamus licèt sciat eá rem quá ipse nunc emit,iá alteri venditam fuisse à veró domino,tamen illud etiá scit,non eo minùs manere rem in dominio venditoris sui quádiu traditio secuta nõ est, nec proinde alienã rẽ se cõparare quá ab eo accipiat, qui & dominus sit, & dominũ,quod adhuc habet in accipientem transferre velit, sicuti dicimus non esse in mala fide creditorẽ qui rei sibi obligatæ alienationem scit & patitur, nec quicquam protestatur, si modò expressim non consentiat,quia scit vtique ius suum durare, inquit *l.sicut* 8.*§.non videtur. D.quib.mod.pign.vel hypoth.solut.*Cur ergo posterioti emptori imputabimus scientiá prioris venditionis,vt in mala fide hoc ipso constitui videatur,cũ non eo minùs sciat durare ius sui venditoris:Nec minùs improbabile illud est,quod idẽ pragmatici vulgò iactitant, præferendũ omnimodo esse primũ emptorẽ cui res primũ fuit vendita cũ hypotheca etiá sine traditione.Secuti Iasonem *cons.5.& 6.lib.3.*& Thom.Ferrar.*cautel.*48.incip *si quis vendit.vers secundum remedium*, quos refert Tiraquel.*de retract.conuent.§.3.glos.vnic.num.5.* Nam vt idẽ Tiraquel.disputat, nihil commune habet causa dominij cum iure pignoris & hypothecæ,vt iam toties diximus ex *l.1.D.de pignor.*nec facere potest hypotheca rei venditæ, quominus per eiusdem rei traditionem, quæ à vero domino facta sit, dominium in secundum emptorem transferatur, quod & nos in superioribus satis superque disputauimus,præsertim in *2.huius Decadis errorem*,vbi probauimus contra eiusdem Tiraquelli sententiam,nihil prorsus hac parte interesse,an cum hypotheca interuenerit pactum, De nõ alienando nẽne: neutro enim casu dominij trãslationẽ ex eo impediri posse. Quamquá nõ nego alienationẽ fieri non posse,nisi cũ sua causa, & consequenter hypothecaria teneri posteriorẽ emptorẽ rei quæ iam fuerat priori obligata.Nisi quis tentare velit, quod fortasse fuerit nõ improbabile,licèt à nemine adhuc obseruatũ, in obligatione generali bonorũ omniũ venditoris nõ posse cõprehendi eã rẽ quę vẽdita est,tametsi quádiu nõ est tradita maneat in dominio vẽditoris,ac proinde obligari ab eo possit.Cur ita? Quia nec specialiter obligari posset emptori in causam eiusmodi venditionis.Nam si dicimus inutile pignus esse quod distrahi nõ potest,quantò magis inutile pignus est,quod debitor etiá si maximè velit, creditori tradere nó possit? Hoc autem de quo tractamus

tale eſt,quia ſi rem illam venditam & obligatam vendito emptori traderet dominium in emptorem transferret,atque ita efficeret,ne nouo domino res ſua obligata eſſe poſſet,imò verò per eam traditionem ſatisfactum eſſet obligationi tradendi, pro qua pignus datum fuiſſet.Sed etſi vltrò tradere nũquam vellet,tamen actio hypothecaria non ad aliud dari deberet,quàm ad rẽ tradendam: qua porrò tradita nõ tam pignus reſtitutum quàm dominiũ tranſlatum reperiretur.Nam ſi dicas nõn omnem traditionem habilem eſſe ad transferendum dominium,ſed eam duntaxat quæ fit animo transferendi dominij, qualis illa non eſt quæ fit ex cauſa pignoris, reſpondebo tamẽ apertiùs fieri conſequens,quod nos volumus,vt à venditore obligari ea res emptori nullomodo poſſit. Ideò namque adhiberi ſolet vinculum pignoris vt principali obligationi omnimodò ſatisfiat,obligatio autem eius qui vendidit alia nõ eſt quàm vt rem venditam tradat *l.ex empto* 11. *D.de act.empt.* licẽt in locum obligationis faciendi,quoniam traditio facti eſt,ſuccedat obligatio eius quod intereſt,*l.1.eod.l.ſi traditio* 4. *C.eod.* Proinde fieri non poteſt vt tradat ex cauſa pignoris in venditioue adhibiti, quin tradat eo animo,vt obligationi venditi ſatisfaciat, & conſequenter vt dominium faciat emptorem,quandoquidem æquè facilè,& verò commodiùs poteſt traditio in eam cauſam proficere,quàm in pignus.Denique nego fieri poſſe vt venditor tradat emptori ex cauſa pignoris eam rem ipſam quam vendidit,& quam tradere debeat ex cauſa venditionis,cùm pignus non niſi ad venditionem corroborãdam adhibitum proponatur.Quòd ſi pignus ab initio in eã re inutiliter conſtitutum fuit,apparet non eſſe permittendum priori emptori vt ſi eadem res alteri ſit vendita, exerceat hypothecariam aduerſus ſecundum emptorem,quam nec aduerſus venditorem exercere poſſet,ne alioquin eueniat vt deterioris conditionis ſit, qui à venditore comparauit quàm ipſe vẽditor.Etſi enim ratio illa quæ inutilem facit pignoris conuentionem ob perſonam & obligationem venditoris qui tradere tenetur,deſinit locum habere ex quo in alium emptorem tranſlata res eſt, nihilo tamen magis conualeſcere poteſt pignus, quod ab initio nõ valuit,cùm pignorũ maximè cõuentiones,& cæteræ omnes ex eo potiſſimùm tempore æſtimandæ ſint quo interponuntur.Et hæc quidem de re pluribus obligata vel vendita dixiſſe ſufficiat.Ex quibus apparet quàm diſpar hac parte ſit locatio vẽditioni,& quàm parum ſubtiliter faciãt, qui exemplo eius iuris quod in emptoribus cõſtitutum eſt,præferunt primo locatori poſteriorem cui res à locatore priùs tradita probetur.An ergo aliorũ ſententiam ſequemur qui primũ conductorem omnimodò præferunt,id eſt ,quãuis locator rem locatã priùs tradiderit ſecundo conductori? Multò minùs: quia licèt traditio,quæ fit ex cauſa locationis,neque dominiũ,neque poſſeſſionẽ trãsferat in cõductorẽ, inducit tamen implementũ contractus,ſiquidẽ ad hoc tenetur locator cõductori vt præſtet ei licere vti frui re conducta,id eſt,vt vtẽdi fruendi patientiã exhibeat , quod vtiq; nõ meliùs facere poſſit quàm ſi eã rẽ ipſe tradat.Itaq; quãuis prior cõtractus locationis ſolo cõſenſu perfectus fuerit, poſterior tamẽ ꝑualet,cuius implementũ præceſſit quoniã fieri amplius nõ poteſt vt locator patiatur primũ conductorẽ vti frui ea re quã locator ipſe iã tradiderit ſecũdo cõductori. Vt verò prętextu perfectę locationis liceat primo cõductori agere contra ſecũdũ,& rei locatæ vſum ei prohibere,multominùs fieri queat, quoniã quòd conſenſu perfecta prior locatio eſt,nõ ad aliud prodeſſe poteſt primo cõductori, quã vt perſonalẽ ex cõdũcto habeat actionẽ aduerſus locatorẽ cũ quo

cõtraxit,non etiá vt aduersus secundũ conductorẽ qui negotiũ suum gessit, quique iure cómuni vtitur,etiamsi fortè sciuerit priorem cõductionem,an addemus exceptionẽ quá interpretes & pragmatici oés addũt,nisi proponas obligatá fuisse rẽ illá priori cõductori? dubitationẽ facit,quòd quæ à nobis supra ratio allata est,ne res vendita possit obligari emptori,videtur similiter habere locũ in re locata,non quòd æquè per traditionẽ rei locatæ trãslatio illa fiat dominij aut veræ possessionis in conductorem, sed quia perinde dici possit pignus quod in causam tuendæ locationis datur, non posse tradi à locatore cõductori,cùm si tradatur hoc ipso principali obligationi satisfiat, proindeq; pignoris obligatio finiatur.Ná cũ nihil nisi patientiá præstare locator debeat,an nõ plus quá patientiá præstat,qui rẽ ipsam tradit?Hoc verò si ita est,cõsequés fit nõ tantũ otiosas,sed etiá ridiculas esse quæstiones omnes à nobis supra tractatas,de re locata obligata conductori, quem tamen diximus in eo plus iuris habere,quàm si pignus nullũ haberet,quod ab emptore expelli nullomodo potest.Sed negandum est,simile esse hac parte cõductionẽ emptioni.Nã cũ locator nõ solũ dominus maneat,sed etiá possessor,siue patiẽtiá nudá cõductori pstiterit,siue etiá rẽ ipsam tradi erit,nihil ꝓhibet quominus eadẽ rẽ alij postea vẽdere,aut donare possit si velit.Quod cũ euenit & ab emptore aut donatario colonꝰ expellitur, qui nullũ ius in re habet,sola ei supesse pót ex cõducto actio aduersus locatorẽ,cuius ꝓinde obligatio nõ pót videri fuisse finita per traditionẽ rei locatæ antea factã, quoniá obligationis illiꝰ potestas in eo est vt cõtinuá patiẽtiá pstare locator debeat in totũ tẽpus locationis,quod p vnicá traditionẽ fieri nõ potest cũ p eá nihil de locatoris iure diminuatur.At in venditione & emptione aliud est.Cũ.n. de eo vẽditore loquamur,qui sit dominus(alioqui de pignore per eum cõstituto tractari nõ oporteret)fieri nõ potest vt venditor tradat rẽ venditá, quin dominiũ eius trãsferat in emptorẽ.Dominio autẽ translato quæriá potest vẽditoris obligatio supesse,aut nũc extincta rursũ aliquándo renasci? Denique vẽditio ex parte vẽditoris qui dominus sit vnica traditione impletur,& cõsequẽter tota vẽditoris obligatio p traditionẽ dissoluitur.Quæ porrò dissoluta pignoris obligatio supesse nulla potest emptori,in ea ꝑsertim re q̃ ei ꝑ ipsũ iá sit acquisita pleno dominij iure,& in qua nihil omnino iuris reliquũ fuerit venditori,ad turbándũ emptorẽ ex die traditionis.Ergo vt totam quæstionem hãc tãdem absoluamus,vter ex cõductoribꝰ ꝑferetur?Cæteris paribꝰ .i.si ab eo quis locándi ius habuit,vterq; cõduxerit,neutri verò res tradita sit, necdũ aut hic aut ille frui cœperit,ꝑferetur sine dubio is qui prior cõtraxit. Idéq; erit si ab eo qui neq; dominus fuit,neq; locandi ius habuit,vterq; cõduxisse ꝓponatur.Sed si res tradita sit quãuis posteriori,ille ꝑferendus erit quia in possessione est,& quidem iustè:nisi prior conductor ea re iam frui suo iure cœperat,licèt nulla per locatorem facta traditione.Cũ.n.vt diximus patiẽtiá pstare dũtaxat locatorem oporteat,nec illud etiá exigamus vt rem tradat(in quo differt locatio à venditione)pinde credendus est locator impleuisse cõtractũ si passus sit conductorem ꝓpria authoritate adprehendere possessionẽ rei locatæ,atq; si eá ipse tradidisset: Idcóq; nec si posteà eandem rem alij & posteriori conductori tradere velit,deteriorem ob id facere potest prioris cõditionem. Neq; ad hunc casũ accommodari potest distinctio illa quá in venditione adhibet Nerat.*in d.l.si ea res* 31.§.*vlt.de act̃ ẽpt.* vter iustiùs adprehenderit possessionẽ,vtq; iustius adprehensa intelligãt possessio p eũ cui tradita res fuit.Ná æquè iustè adprehendit possessionẽ conductor qui eá occupat ꝓ-

pria autoritate atque is qui per traditionem factã à locatore. Siquidem obligatus non est locator, vt tradat, sed tantùm vt conductorem frui patiatur: quod ipsum vtroque modo præstat similiter, ex quo demùm tempore cœpit conductor re frui, non anteà. Qua ratione dicendum etiam est, si posterior conductor cœperit prior re frui, licèt non sit ei tradita res à locatore, adhuc tamen præferri eum debere, adeóque tametsi eam rem locator postmodùm tradat priori conductori, inscio aut inuito posteriore, quia vt posterior omnimodo tuendus sit, sufficit in eius prioris gratiam secutum fuisse contractus implementum, siue per traditionem id factum sit, siue per nudam præstationem patientiæ, quoniam hoc casu ipsa etiam nuda patientia pro traditione est.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA QVINTA.

ERROR I.

De prorogando per supremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi res debuit.

NON fuit hæc quæstio à prudentibus tractata, quorum nulli venire in mentem vnquam potuisset, vt de ea re dubitaret quæ tam certo & explorato iure niteretur. Sed pragmaticorũ & imperitiorũ interpretũ, siue audacia, siue imprudẽtia, non solùm dubitationẽ nouã, & ad hęc vsq; nostra tẽpora ferè inauditã inuexit, verũ etiã erroré pernicioſissimũ iam à nobis, si facere poterimus, profligandũ. Primus, quod sciã, Hieron. Cagnolus ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. quæst.* 34. quæstionẽ proposuit, an si quid venditum sit subiecta lege de eo intra certũ tẽpus retrouendendo, possit rescripto Principis prorogatio tẽporis fieri, vt etiã post cõstitutum tempus redimere volens venditor audiatur. Propouendæ autem quæstioni causam vel potiùs occasionẽ procul dubio dedit error pragmaticorũ, qui iã tũ inualuerat apud Pedemontanos, eodẽ Cagnolo teste, vt eiusmodi rescripta passim impetrarẽtur, & quod magis mirandum est, à suprema Pedemontanorum Curia admitterẽtur. Neque verò Cagnolus dubitat, quin admitti debeãt, quasi nec à iuris aut æquitatis ratione aliena, si modò, inquit, ante lapsa redimendi tẽpora impetrentur, nec nisi ad modicum tempus, quod ille definit esse duorum, trium ve men-

menſium, aut ad ſummum ſex eſſe, ſi qua fortè prorogationis indulgendæ cauſa iuſtior interueniat ob repentinam & grandem calamitatem, quæ contigerit venditori. Tota autem Cagnoli ratio illa eſt, quòd ea prorogatio pro tam modico tempore modici ſit præiudicij. In eoque dilationum genere quæ ius partis aut nihil, aut parum lædunt, liberum ſit arbitrium Principis ſuprem, an concedere velit, vel denegare ex *l. quoties 2. C. de precib. Imp. offer.* quam ille vnam adducit, vt tam improbabilem nouámque ſententiam tueatur. Fuit ille vir minimè malus, nec eorum ſanè rudis & imperitus, quæ vulgares interpretes ſciunt omnes, ſed tamen in iuris principiis non ſatis feliciter eruditus, quomodo eſſe decebat eum qui iuris docendi artem profiteretur. Quòd aut de *l. quoties*, id primùm ridiculum eſt, & ab eius loci ſententia prorſus diſcrepans, vt ex ſequentibus apparebit. Non enim ad reſcripta moratoria, quas vulgò *reſpirationis* literas pragmatici noſtri appellant, ea lex pertinet, quod vulgò creditum eſt, ſed ad remouendas exceptiones dilatorias, quæ negotij principalis differendi duntaxat, non etiam perimendi vim habent. In quo ſanè vel nullum vel non niſi permodicum præiudicium eſt eius contra quem tale reſcriptum impetratur. Sed illud multò magis ridiculum eſt, quod idem Cagnolus contendit, nullius ſimiliter aut perexigui ſaltem eſſe præiudicij emptori qui rem emerat ſub pacto de retrouendendo intra certum tempus, ſi eius temporis prorogatio modica venditori indulgeatur. Nam quod dici ſolet non magnum eſſe damnum in mora modici temporis, *l. ſi debitori 21. D. de iudic. l. quod dicimus 105. D. de ſolut.* ad hũc caſum non pertinent, in quo agitur de tollendo iure emptori quæſito, non ex mora venditoris, ſed ex propria conuentione, cuius fructu & emolumento priuari eum inuitum reſcripto Principis non oportet: ne iniuriæ occaſio inde proficiſcatur, vnde iura naſcuntur. Cur enim redimendi facultatem illam pacto conceſſam, certo tempore coarctatam voluerunt contrahentes, niſi vt appareret poſt id tempus elapſum, reliquam venditori nullam fore? Ea ſiquidem adiectionis diei vis & poteſtas eſt, vt quod intra certam diem fieri debuit, poſt diem fieri nullomodo poſſit, repugnante ſcilicet lege conuentionis, cui omnimodo ſtandum eſt cùm ab initio fuit iuſta, idque non ſolùm ea ratione, quòd ad tempus conceſſa poſt tempus à contrario ſenſu prohibita cenſeatur, ſed ex natura & præciſa poteſtate temporis limitati, vt loquitur Andr. Tiraq. *De retract. conuent. §. 1. glo. 2. à tel temps. num. 49.* poſt Baldum in *l. obſeruare. §. proficiſci. D. de offic. Proconſ. per l. ſicut in fi. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. l. ſi vnus 27. §. 1. D. de pact. l. ex facto 43. §. ſtẽ quæro. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ex quo inferunt illi hanc eandem adiectæ diei vim eſſe, tùm etiam cùm argumentum à contrario ſenſu procedere non poſſet, vt puta, inquiunt, in ſtatuto facto ad correctionem iuris communis. Adeò vt nec fauor libertatis contrariã ſententiam poſſit inducere, licèt nemo ignoret multa in fauorem libertatis cõtra iuris rationé vel cõſtituta eſſe, vel recepta. Nã ſi ſeruo relicta ſit libertas ſub conditione rationum intra certum tẽpus reddendarum, & per ipſum ſteterit quominùs intra præſcripta tempora paruerit conditioni, non poteſt ad libertatem poſtea peruenire, tametſi rationes reddere ſit paratus, *l. Thais 41. §. intra certa tempora, v. de fideic. lib.* facit *l. quod autem 6. §. vxori. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sic dicimus, ſententia per arbitrium dicta, ſi arbitet dari quid iuſſerit, nec tamen tempus præſtituerit, ineſſe quoddam modicũ tẽpus, intra quod ſatisfieri poſſit ad euitandam pœ-

nã, nisi iã cœperit aduersarij interesse, sed intra certũ tẽpus dari arbiter iusserit, nec datum erit, licèt postea offeratur, attamen semel commissam pœnã compromissi non euanescere, quoniam semper verũ est intra id tempus datum non esse *l. quid tamen* 21. alias *l. si cùm dies. §. vlt. cum duabus seqq. D. de recept. qui arbitr.* Quod vtique ita accipiẽdum est, etiamsi nihil interfit actoris, vt differat casus hic quo dies certa adiecta est ab illo, quo nulla. Nam nec quæri solet a interfit stipulatoris cùm agitur ad pœnam *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri. D. de verb. obligat.* Quantò minùs igitur erit permittendum venditori qui intra certum præscriptúmque tempus redimere debuit, vt post id tempus redimat, cùm iam emptoris cœperit interesse? An non enim ipsius quàmmaximè interest vt rem habeat sine onere retrouendendi, vtque à personali illa obligatione, quæ competit ex pacto de retrouendendo, in plenum liberetur? Atqui liberaretur vltimo statuti temporis momento, si tempus illud prorogari nullomodo posset. Fit ergo ei manifestè iniuria, si contra formam conuentionis multus in obligatione retineatur vel minimo temporis, instanti. Nam cùm hoc casu computanda sint tempora de momento in momentum, vt & alias plerumque euenit, puta si tractetur de in integrum restitutione minorũ, *l. 3. §. minorum D. de minor.* tanta fit iniuria emptori per huiusmodi prorogationem, quantumlibet modicum tempus sit quod prorogatione continetur, quanta fieret si in longissimum diem prorogatio indulgeretur. Vtroque enim casu idem euenit, vt à conuentionis lege inuito eo cuius maximè interest discedatur, & quod indignius est, emptori quæsitum ius ex cõtractus sola Principis voluntate ignoranti eripiatur. Ex quo apparet quàm longè diuersa ratio sit huiusmodi rescriptũ, per quæ cõstituti ad redimendũ temporis prorogatio inducatur, & eorũ quæ miseris debitoribus cõcedi solẽt ad differendã solutionis duntaxat exactionẽ, quas literas moratorias pragmatici appellant, nostri *lettres de respit*, vulgò dicunt. His enim, non hoc agitur vt de creditoris iure quicquã detrahatur, sed tantùm vt debitori qui tam citò soluere nequeat longior dubitatio detur ad conquirendam & explicandã pecuniã, quæ res debitori percõmoda, creditori verò non ita damnosa est, præsertim cùm eius tẽporis quo impeditur exactio, vsuræ præstandæ sint, vt creditor omnimodo indemnis seruetur. Et ratio est quoniã hoc casu tẽpus non limitandæ & finiendæ obligationis, sed solutionis tantùm differendæ causa adiectum proponitur. Quod cùm sit, nõ potest lapsus diei inducere liberatione, & facere quominùs post diẽ peti possit quod debitũ fuit in diẽ, quin potiùs vt tantò magis debeatur quod iam antè solui debuit, necdũ solutũ est ex traditione Bart. ad *l. eum qui ita* 56. *§. qui ita stipulatur* 1. D *e verb. oblig.* per *l. si mandato Titij* 59. *§ Paulus respondit die adiecto. D. mand.* Alioqui mora & frustratio debitoris ei prodesset ad inducendã liberationẽ, quod absurdissimum sanè esset. Eóque pertinet quod pro istis moratoriis literis tuẽdis vulgò iactari solet, non aufferri id quod differtur, vt Rebuff. præferatur in tractatu illo *De liter. dilatorijs*, at in in proposito, si venditori post elapsa redimendi tempora ius petendæ redemptionis ex rescripto superesset, non tam ius emptoris differretur, quàm ei auferretur, ius scilicet liberationis, quã solus tẽporis lapsus inducit. Nam si quis obiiciat, quod quidã nobis aliquando obiiciebat, tempus non esse modũ tollendæ obligationis, vt nec inducendæ ex *l. obligationum ferè* 44. *§. placet. D. de oblig. & act.* Respondendum est quod pragmatici nõ animaduertunt, nõ tam tẽporẽ quàm ex cõuentione finiri obligationẽ quæ nõ nisi ad tempus cõtracta fuerat, & rursum obligationẽ hãc

de qua tractamus conditionalem esse, non puram, conditionem verò sic cõceptam esse, vt solo temporis lapsu deficere eam sit necesse, quia tempus in conditione positum est non aliam ob causam, quàm vt ea post tempus impleri aut existere conditio possit. Cùm enim venditio facta est sub pacto de retrouendendo, constat dominium rei venditæ acquisitum esse emptori, & quidem non sol im pleno iure, sed etiam irreuocabiliter, vt à nobis disputatum & probatum est *Decad.22. Er.7.* Nec ad aliud prodesse pactum venditori, quàm vt obligatum habeat emptorem ad retrouendendum, obligatũ inquam, sub ea conditione si venditor redimere volet, pretiúmque a se acceptum reddere cum effectu intra id tempus quo id petendæ magis quam faciendæ retrouenditionis præstitutum fuit. Porrò conditionalium stipulationum omnium ea natura est, vt quamuis ex præsenti tempore vires accipiant quod ad inducendum illud vinculum ex quo fit ne sit in potestate promissoris vt quandoque existente conditione non teneatur, *l. qui balneum 9. D. qui potior. in pign. hab. l. si filius familias 76. De verb oblig.* itẽ quod ad ius trãsmissionis, *l. is cui 42. D. de oblig. & act. §. ex conditionali Instit. de verb. obligat.* nulla tamen ex iis nascatur obligatio ante conditionis euentum, cuius scilicet proprium est vt suspendat & impediat natiuitatem obligationis, nec minùs in stipulationibus & contractibus, quàm in legatis, vt scriptimus *lib. 15. Coniect. cap. 6 & 7. ex l. cedere diem. 213. De verb signif.* aliisque innumeris iuris locis. Proinde si patiatur vẽditor labi tempora intra quæ conditionem implere debuit, id est pretium reddere, aut saltem offerre ad extorquendam retrouenditionem, non tam finitur tempore obligatio, quàm nata numquã fuisse intelligitur, quia sicuti existens quandocumque cõditio stipulationis facit vt stipulatio ab initio pura fuisse existimetur, ita deficiens efficit vt nulla vnquam stipulatio interposita, nullus contractus initus esse videatur. Et consequenter fatendum est fieri nullomodo posse vt huiusmodi obligatio rescripto Principis prorogetur, non magis quàm si nulla omnino esset. Quo tamen casu nemo diceret, prorogari posse id quod non esset, quia existere quid necesse est vt sit prorogabile, cùm non entis nullæ sint qualitates. Et sanè si propiùs & subtiliùs intueare, prorogatio hæc quam pragmatici Pedemontani induxerunt (neque enim apud nostros error hic inualuit, neq; vt sperare me Senatus nostri æquitas & autoritas iubet, vt quã inualescet) nõ tã obligationẽ ipsa respicit q̃ obligationis conditionẽ. In quo illi etiã errãt qui alioquin nõ malè obseruãt aliud esse, vt iã dixim⁹, si ad finiẽdã & limitãdã obligationẽ, aliud si ad differẽdã dũtaxat solutionẽ dies adiiciatur: Et illi magis qui quæstionẽ hãc in eo versari putãt, vtrũ Principi liceat obligationẽ certo tẽpore limitatã in lõgius tẽpus extendere, versatur nãque in eo potiùs, An obligationem quæ nec vlla est, nec vlla vnquam fuisse intelligetur, possit Princeps inducere inscio adeóque inuito eo, qui est obligandus. Ex quo apparet quàm sit stulta & ridicula. Quis enim eam Principi potestatẽ tribuat, vt ex nihilo aliquid faciat, vt ei quod non est, qualitatem tribuat, denique vt obligationem inducat ex contractu sine contractu, imò aduersus formã legémque cõtractus? Hæc verò tot absurda omnia ex Cagnoli errore consequẽtia fieri probo ex eo quod non solũ conditionalis stipulatio aut promissio siue per stipulationem, siue per pactum inita, nihil est ante impletam conditionem, sed & conditio ipsa nihil esse dici potest, neque quandiu pendet, neque postea quàm extitit aut defecit. Nã quandiu pendet, quid aliud conditio est quàm priuatio, vt ita dicam, obligationis, id est efficiens

ne obligatio vlla ſit quæ alioquin & aliqua eſſet & pura ? Priuatio autem quid aliud eſt quàm nihil? Poſteà verò quàm extitit conditio, actus habetur pro puro, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſus intelligitur, *l. potior* 11. D. *qui potior. in pignor. hab.* ſicut ex contrario ſi conditio defecerit, actus habetur pro non actu, factum pro infecto. Atqui conditionis intellectus nullus eſt niſi quatenus vel pendet, vel extitit, vel defecit. Omni ergo caſu conditio nihil eſt, ſi nihil eſt. Ergo non prorogabilis, quia, vt iam dixi, quod non eſt, prorogabile eſſe, aut alio modo qualiter ſe habere non poteſt. Sed & obſeruandum eſt, ita concepta ſtipulatione aut pacto de retrouendendo, quomodo concipi ſolet, ſi venditor intra biennium venditionis pretium emptori reſtituet, adiectionem certi temporis non pertinere ad ſubſtantiam obligationis, ſed ad formam intrinſecam & ſubſtantialem conditionis, ſi qua eius rei quæ nihil niſi priuatio eſt, ſubſtantia intelligi poteſt. Etſi enim differt certa dies à conditione, ſi obligatio in diem certam inita proponatur, nihil tamen prohibet conditioni certam diem inſeri, quæ conditionis partem conſtituat, eiúſque vim & naturam ſequatur. Cùm autem certiſſimi iuris ſit cõditionum omnium eam naturam eſſe vt ſint individuæ, *l. cui fundus* 56. *De condic. & demonſtr.* vtque in forma ſpecifica impleri debeant, quomodo noſtri loquuntur ex *l. qui heredi* 44. *& l. Mœuius* 55. *eod.* Dico fieri non poſſe, vt tempus illud immutetur, quomodo admiſſa prorogatione immutari neceſſe eſt, quin alia conditio ſit, ne numero tantùm, ſed etiam ſpecie differens ab illa quam conuentioni inſertam contrahentes voluerunt. Alia namque conditio hæc eſt, ſi intra biennium venditor redimere & pretium reſtituere volet, alia hæc, ſi intra triennium, quemadmodũ aliud biennij tẽpus eſt, aliud triennij, nec in biennio triennũ continetur. Atqui nemo dixerit obligationũ conditiones quæ cõtrahentibus ſemel placuerint ab aliis quàm ab iis ipſis immutari poſſe, nec poteſt quicquã excogitari, fingíve abſurdius quã vt iis nõ ſolùm ignorantibus, ſed etiã inuitis ea res arbitrio & poteſtati Principis permiſſa exiſtimetur. Nam ſi is qui non niſi ſub cõditione obligatum ſe voluit, nullomodo creditur eſſe obligatus quandiu cõditio pendet, niſi hactenus vt facere nõ poſſit ne quandocumque exiſtente cõditione obligatus reperiatur, quantò minùs ferendũ eſt vt ab alio & ſub alia conditione obligetur? Fateor poſſe Principem ſupremum qui legis condendæ poteſtaté habeat, inducere obligationes, & efficere vt certis de cauſis obligemur, ex quibus alioqui nõ obligaremur. Sed nego poſſe eum facere vt ex cõtractu obligetur is qui nõ contraxit, aut vt contra formã conuentionis obligetur quis ex cõtractu aut pacto conditionali ſub alia conditione quàm ſub qua obligare ſe voluit. Perinde enim eſt acſi quis diceret in Principis eſſe poteſtate, facere vt qui promiſit Sempronio centum ſub ea conditione, Si nauis ex Aſia venerit, obligetur ſub illa, Si Titius Conſul factus erit. Quod vtique non minùs difficile videri debeat, quàm vt ex ſtipulatu obligatus intelligatur is, qui nihil omnino promiſit. Verum enim eſt nihil omnino promiſſum eſſe ſub ea conditione, Si Titius Conſul factus erit, licèt promiſſum ſit ſub illa, Si nauis ex Aſia venerit. Similiter igitur dicendum eſt nimis magnam fieri iniuriã ei qui promiſit ſe retrouenditurum ſub ea cõditione, *ſi intra biennium venditor redimere, pretiúmque reſtituere volet*, ſi reſcripto Principis conditio immutetur, & pro biennij tẽpore de quo cõuenit, triennium ſubſtituatur, de quo nihil fuit cogitatũ. Neq; ſanè hoc facilius eſt, quàm vt reſcripto Princi-

piſo-

pis obligetur emptor ad retrouendendū intra certa tēpora, qui merat nulla pactione subiecta De retrouendendo: quod tamen qui ex pragmaticis dixerit, nemo hucusque tam stolidus fuit. Vtroque enim casu perinde absurdum illud inducitur vt ex contractu obligetur emptor aliter quàm ipse contraxerit, & contrà quàm obligari voluerit contrahendo. Scio placere interpretibus vulgaribus, in quæstione illa de qua separatim nobis tractandum erit, an Princeps ius alteri quæsitum auferre possit, distinguendum esse, vtrum ius illud quæsitum sit ex iure naturali aut gentium, an ex ciuili duntaxat, vt quod ex iure naturali aut gentium fuit acquisitum, vt puta ex contractu auferre non possit nisi de plenitudine potestatis, & ita demùm si publica vtilitas ita fieri suadeat, hoc etiam addendo, vt indemnis omnimodo seruetur à Principe is cuius iuri derogatur. Quod verò ex iure ciuili acquisitum est, puta per vsucapionem, per sententiam aliósve actus similes & ciuiles auferre pro arbitrio Princeps possit, tanquam qui supra ius ciuile sit constitutus. Sic enim nostri tractant ad *l. vlt. C. si contra ius vel vtilit. public.* Sed præter id quod recentioribus & politioribus interpretibus longè aliter visum est, ex quibus nonnulli non infacetè plenitudinem illam potestatis plenitudinem tempestatis dixerunt, nullam in bono Principe potestatis ordinariæ aut potiùs ordinatæ & absolutæ differentiam agnoscentes, inter quos Dyd. Couar. *lib. 3. var. resolui. cap. 6. num. 8.* & Arius Pinell. ad *l. 2. C. de rescind. vend.* Multùm interest an quis dicat, permittendum esse Principi vt dominium alij quæsitum pro arbitrio auferat, an verò hoc etiam Principis potestati tribuamus, vt eum qui non est obligatus, obliget tanquam ex contractu, cùm nullus contractus interpositus est, aut cùm alia contractus lex aut conditio fuit quàm sub qua Princeps obligari vult eum, qui contraxit. Prius admitti facilius potest, eo prætextu quòd omnia quæ sunt in Principis territorio, ipsius Principis esse existimantur. De quibus ideò posse eum pro libito disponere, si minùs æquum, certè possibile est. Tametsi Seneca verbum illud vulgare *Omnia sunt Cæsaris*, ita interpretatus sit, vt omnia sint Cæsaris imperio non dominio. At posterius admitti nullomodo potest, quoniam obligatio ex contractu nulla est, cùm aut nullomodo aut aliter saltem contractum fuit, quàm sub qua conditione obligationem constituere princeps velit. Siquidem prius est vt obligatio aliqua sit, quàm vt Principi licere possit de ea pro arbitrio disponere, sicut nec in Principis potestate est vt vel dominium rei alicuius auferat ei, qui non habet, vel eius rei quæ in rerum natura non sit dominium, alicui tribuat. Isque præcipuus certè Cagnoli error fuit, quòd existimauit, Principe prorogante tempus conditionis, sub qua emptor obligatus est ad retrouendendum, nullum aliud emptori præiudicium fieri, nisi quòd irreuocabilis acquisitio dominij quam ex lapsu temporis conuentionalis emptor sperare poterat, in longius tempus differatur: quasi res quæ vendita est sub pacto de retrouendendo non priùs emptori pleno iure & irreuocabiliter acquisita videri debeat, quàm tēpus illud præterierit intra quod retrouenditio peti possit. Vnde illud est, quod nec aliter huiusmodi prorogationem ex rescripto Principis admittendam esse vult, quàm si tempus cōuentionale nondum elapsum sit, ne graue nimis damnum infligatur emptori, cui ex iusto contractu iam irreuocabiliter fuerit res acquisita. At nos in superioribus docuimus, quod verissimum est, pactum de retrouendendo, licèt in ipsa venditione interpositum, nihil habere commune cum acquisitione dominij, nec obstare quominùs dominium rei venditæ perinde pleno iu-

Digitized by Google

re ac irreuocabiliter emptori quæsitum videri debeat, acsi pactum nullum interceſſiſſet. Denique ex pacto de retrouendendo nihil niſi perſonalem obligationem naſci,& quidem conditionalem *Si venditor intra definitum tempus rem redimere preciumque reſtituere volet*,& conſequenter nullam, ſi conditio illa numquam impleatur, venditore intra conſtitutum tempus precium non offerente, tametſi vel primo, ſi voles poſt vltimam diem momento offerre paratus ſit. Quod cùm ita ſit, etiam ex ipſius Cagnoli confeſſione ſit conſequens, non eſſe permittendum vt dominium quod irreuocabiliter emptori acquiſitum fuit, inuito ei per reſcriptum Principis aufferatur. Illud verò multò minùs,de quo Cagnolus non cogitauit, vt obligationis conditio immutetur,& qui non niſi ſub hac conditione obligari voluit, *Si venditor intra biennium redimere rem volet*, obligetur ſub illa *ſi intra triennium*. Et verò ſi Cagnolus fatetur,quod & veriſſimum eſt,non poſſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentionale iam totum præterierit, quòd eo caſu nihil ſuperſit quod prorogari poſſit, licèt vel minimum temporis momentum ſupereſſe ſufficiat, vt poſt alios tradit Andr. Tiraq; *De retract. conuent. §.1.gloſſ.7.*in verbo *ſeront preferés,num 24.& 41.ex l.ſed ſi manente 5.D.de precar.l.cùm ſponſus 12.§.vltim. D. de publician. in rem act.cap.conſuluit.Extr. de offic.deleg.* Æquè fatendum eſt non poſſe dici prorogationem, cùm vnus ſtatuit terminum, & alius prorogat, ſed cùm idem ſtatuit & prorogat, inquit Baldus ad *l.ſi à te .C.7.de pact.int.emp.& vendit.* Eius namque eſt prorogare qui primus conſtituit, non alterius, alioqui reformatio & deſtructio contractus dicenda eſt, non prorogatio, vt idem Bald. loquitur ad *l.generaliter.C. de epiſc. & cleric.* Nam & interpretes omnes fatentur prorogationem nullam fieri poſſe niſi cum eadem ſolennitate, vt ſupradicto loco tractat Tiraq. *num.*36.nec niſi prorogantibus eam,ſi qua facta ſit, nocere ex *l.ſi cùm Hermes 7.C.de locat.l.item quæritur* 13.*§.qui impleto D.eod.* Idem Tiraq. ibid. *num.*32 Quomodo igitur fieri poteſt vt tempus ab emptore conſtitutum, à Principe prorogetur? Aut vt ea prorogatio ſolius Principis imperio facta noceat emptori,non ſolùm ignoranti, ſed etiam inuito? Accedit quod licèt dici ſoleat tempus prorogatum dummodò ante finem prioris, idem tempus eſſe cum priore,id tamen non verè & propriè dicitur, ſed impropriè, abuſiuè & fictè,vt ex Cyni,Bartoli,& aliorum ſententia concludit Tiraq. *dict.glo. 7.num.*30. vbi ex hoc infert ſtatutum quod loquitur de tempore ad redimendum conceſſo in ipſo contractu aut die ſequenti, debere intelligi haud dubiè de primo illo tempore conceſſo eo die aut ſequenti, non de prorogato, quia in ſtatutis verba omnia propriè, non abuſiuè & fictè ſunt accipienda. Quis ergo patiatur conuentionem de iure redimendi intra certum tempus, eam recipere interpretationem,vt perinde locum habeat in tempore, non à contrahentibus, ſed ab ipſo Principe prorogato, ſi tamen ea prorogatio dicenda eſt, vt iam diximus Dicat aliquis, negari non poſſe, quin ex lapſu temporis intra quod venditor redimere potuit nec redemit, ius aliquod acquiratur emptori, ius, inquam,ſi non dominij, ſaltem liberationis, cùm eo tempore elapſo futurum ſit, vt nullomodo ſit obligatus, qui in eum vſque diem obligatus fuit ſaltem ſub conditione, ideóque minus eſſe mirandum, quod ante ius emptori quæſitum Princeps proroget tempus redimendi. Id enim eſt, quod Cagnolus cæteriquè non ſubtiliores pragmatici tractant, faciliùs reſcripto Principis tolli poſſe ius quærendũ quàm quæſitũ. Sed reſponden-

Digitized by Google

dum eſt, imò verò ſi bene & ſubtiliter intueatis, nihil prorſus iuris acquiri emptori ex eo temporis lapſu, ne quidem liberationem: quia liberatio in neceſſarium antecedens ſupponit obligationem: obligatio autem, vt iam monuimus, nulla eſt eius qui nihil promiſit niſi ſub conditione quæ poſteà deficiat. Siquidem non ſic loquimur, vt dicamus ex defectu conditionis extingui obligationem (quomodo enim extingui poſſet obligatio, quæ numquam fuiſſet nata?) ſed euaneſcere ſtipulationem conditionalem, quæ in eo fuerat vt obligationem producere potuiſſet ſi conditio extitiſſet. Separamus ſtipulationem ab obligatione tanquam cauſam ab effectu. Stipulatio conditionalis, vera ſtipulatio eſt, obligatio conditionalis nulla obligatio eſt. Conditio impedit natiuitatem obligationis quandiu pendet, non impedit vires ſtipulationis, quominùs valeat, ex quo die interpoſita eſt: ſed ſi poſtea deficiat, facit vt euaneſcat ſtipulatio, id eſt, vt perinde habeatur acſi nulla vnquam interpoſita fuiſſet, quo tamen caſu, id eſt nulla promiſſione facta, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa venditione adhibitum (nihil enim hac parte refert) non poſſet dici vllam extitiſſe vnquam obligationem, à qua emptor per lapſum temporis videri deberet liberatus. Amplius dico, non ſolùm nihil iuris acquiri emptori, qui intrà certum tempus retrouendere ſub conditione promiſerat ſi venditor id tempus labi paſſus ſit, nec ob id fieri emptorẽ locupletiorem, ſed neque pauperiorem fieri venditorem, quàuis omittat occaſionem acquirendi, *l. quod autem 6. in princip. & verſ. vnde ſi quis. D. quæ in fraud. credit.* Nà cùm is rẽ ſuam vendendo licèt ſubiecto pacto, aut ſtipulatione De retrouendendo, dominiũ rei ſuæ alienauerit in ſolidum & irreuocabiliter, vt ſuo loco probauimus, nec aliud ius ex pacto aut ſtipulatione de retrouendendo nanciſcatur, niſi vt impleta quandocumq; conditione poſſit habere ex pacto aut ex ſtipulatu actionẽ, apparet ex ſubſecuto defectu cõditionis nihil aliud euenire, niſi vt deſinat habere poſſe actionẽ, nõ quam aliquando iá habuerit, ſed quá habiturus fuiſſet ſi conditionẽ in poteſtate ſuapoſitam vltrò impleuiſſet. Quod cùm ita ſit, quid, obſecro, eſt, quod Princeps reſcripto prorogare poſſit ſi tam ex parte venditoris, quàm ex parte emptoris obligatio illa cõditionalis quæ ex ſtipulatione vel pacto de retrouendendo inducitur, nihil prorſus eſt? At, inquies, tantò minor igitur fit iniuria emptori per eiuſmodi prorogationẽ. Imò, inquam, tantò maior, quantò plenior eſt acquiſitio dominij in emptorem tranſlati per venditionẽ. Si enim res empta, licèt ſub pacto de retrouendendo vſque adeò pleno iure emptori acquiſita intelligitur, & irreuocabiliter, vt ex lapſu tẽporis quod ad redimendum fuerat conſtitutũ, nihil præterea iuris ei acquiratur, niſi quod deſinit poſſe obligari de ea re nunquá rettrouendenda, an nõ apertiſſima & maxima ei fiat iniuria, ſi ignorãs, adeóq; inuitus in eũ ſtatũ deducat, vt perinde poſſit adhuc obligari ſub cõditione etiá poſt defectá cõditionẽ, acſi cõditio nunquam defeciſſet? Hunc.n. reſcripti principalis effectũ eſſe neceſſe eſt, aut prorſus nullũ. Ergo quod pragmatici fatentur abſurdũ & iniquũ fore, vt poſt lapſa redimẽdi tẽpora prorogatio per Principis reſcriptũ fiat, perinde abſurdũ & iniquũ videri debet, etiá priùs quá vẽditor tẽpore ſit excluſus à redimẽdi, cõditionéſq; implẽdæ facultate: cùm vtroq; caſu par & æquale ſit ius emptoris cui nihil lucri ex tẽporis lapſu poſſit accedere. Quãquã eo etiã admiſſo vt nihil emptoris intereſſet, qđ falſiſſimũ eſt, tamẽ ad pragmaticorũ errorẽ refellendũ ſufficeret prior illa ratio à nobis allata, q̃ in propoſita ſpecie nihil ſit qđ ꝓrogari queat, neq; obligatio cõditionalis quæ hoc ipſo q̃ cõditionalis [illegible]

nulla eſt, neque conditio, quia nihil eſt, nec denique tempus ipſum in conuentione adiectum, quia non obligationis ius reſpicit, ſed qualitatem conditionis, cúmque conditionis pars quædam ſit, non poteſt non eodem iure cenſeri quo & conditio ipſa, quæ tantum abeſt vt temporis adiectione fiat, quod ita dixerim, prorogabilior, vt è contrario fiat tanto magis ſpecifica, & conſequenter magis individua, minúſque commutabilis. Sed quid pluribus in hanc rem verbis opus eſt? Textus eſt pro ſententia noſtra aduerſus Cagnolum & pragmaticos manifeſtiſſimus in *d.l.ſi à te 7.C.de pact.int.empt. & vendit.* vbi hoc ipſum quod nos defendimus tam apertè diſertéque ſcriptum eſt, vt non potuerit apertiùs. Legis enim verba hæc ſunt, *ſi à te comparauit is cuius meminiſti, & conuenit vt ſi intra certum tẽpus ſoluta fuerit data quãtitas, ſit res inẽpta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Sed tamẽ quia de illius quoque loci ſententia & lectione à nonnullis dubitari video, dicendum eſt paullo latiùs, quid nobis videatur.

ERROR SECVNDVS.

De ſententia & lectione l.ſi à te 7.C. de pact.int. empt.& vendit.

Si à te cõparauit is, cuius meminiſti, & conuẽnit vt ſi intra certũ tẽpus ſoluta fuerit data quantitas, ſit res inẽpta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis. Inquiunt Imp. Dioclet. & Maximianus in *l.ſi à te 7.C.de pact.int.empt.& vẽdit.* Vulgò accipitur hæc lex de pacto redimendi, vt & *l.2.eod.tit.* ſenſúmque hunc habere creditur, vt ſi is, qui rem ſuam vendidit, ſub pacto de ea intra biennium retrouendenda, petat reſcripto Principis prorogari ſibi facultatem redimendi, vt quæ non niſi in biennium conceſſa fuerat in triennium porrigatur, non ſit audiendus. Ego quod aiunt vtroque loco tractari de pacto retrouendendi probare non poſſum. Aliud enim pactum eſt de retrouendendo, aliud pactum de reſtituendo rem venditam pretio viciſſim venditori reſtituto, de quo in *d.l.2.* Aliud denique pactum illud de quo in hac *l.ſi à te*, vt ſi intra certum tempus reddita fuerit data quantitas, ſit res inempta: quemadmodum latiùs à nobis diſputatum eſt *Decade 22.* Pactum de retrouendendo neque facit rem inemptam ipſo iure, neque habile eſt ad transferendum dominium ab emptore in venditorem, niſi ſecuta non ſolùm retrouenditione ſed etiam retrotraditione: Pactum de reſtituendo non facit equidem rem inemptam ipſo iure, ſed tamen habile eſt ad reddendum venditori dominium per ſolam retrotraditionem, nulla etiam intercedente retrouenditione. Pactum verò de quo in *d.l.ſi à te*, id eſt quo id agitur vt reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inépta, cæteris omnibus maius eſt & potentius, facítque vt res vẽdita ſit inépta ipſo iure, ſi modò intra præſcriptũ tempus precium reſtituatur. Sic enim ferunt verba cõuentionis ex quibus ſemper æſtimandũ eſt quid actum ſit, & conſequenter quid ratio iuris ſuadeat, quotieſcũq; voluntas contrahentiũ iuris autoritate adiuuatur. Sed tamen quod *d.l.ſi à te*, ſcriptũ eſt de pacto per quod res vẽdita fiat inépta, id ego facilè cõcedá æquè probandũ eſſe in pacto de retrouẽdendo, vt nihil de

de partiũ cõuẽtione reſcripto Principis remitti poſſit. Eſt enim pactũ de retrouẽdendo tãtò fauorabilius, quãto lõgiùs diſtat à lege cõmiſſoria, quã in vẽditionibus quoq; iã olim odioſam fuiſſe cõſtat *l. Aemilius* 41. *D. de minor.* Non alia ratione, quàm quòd conſtituendo rem inemptam quæ re vera fuit empta, faciat vt venditio iuſta, perfecta, & inita bona fide, ſola ſui pacti poteſtate reſoluatur. Imò, vt docuimus ſuo loco, longè odioſiùs videri debet pactum illud, de quo in *d. l. ſi à te*, quàm ſit pactum commiſſorium, de quo *in l. commiſſoria. 4. eod. tit. & in tit. de leg. commiſſ. D.* Lex enim cõmiſſoria vulgaris in venditionibus, afficit venditionem, perfectam quidem, ſed nondum impletam. Habet namque conditionem illam, *Si vẽditionis precium intra certam diem ab emptore ſolutum non erit.* Certi autem iuris eſt non priùs omni ex parte impletum dici poſſe contractum emptionis & venditionis, quàm venditor rem tradiderit, adeóque dominium tranſtulerit ſi dominus ex poſtfacto factus, emptor verò precium totum perſoluerit *l. ex empto* 11. *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action. empt.* At in ſpecie *d. l. ſi à te*, tractatur de emptione, non ſolùm perfecta, quod ſit nudo conſenſu, ſtatim atque de precio conuenit, ſed etiam impleta per traditionem rei factam ex parte venditoris, precii que ſolutionem ex parte emptoris. Porrò ſicut difficiliùs, ita multò odioſiùs eſt reſolui ipſo iure venditionem quæ iam impleta ſit quàm ſi nondum impleta eſſet. Et tamen vtrumque fit æquè facilè ſola pacti poteſtate in ipſa vẽditione adhibiti, quia cùm neque legibus, neque bonis moribus aduerſetur, eámque legem venditor in rei ſuæ traditione dictam voluerit, non aliter vẽditurus, neque traditurus, haud dubiè pactum ſeruandum eſt. *l. vlt. C. eod. tit. De pact. int. empt. & vendit.* Quod autem verba legis de huiuſmodi pacto nõ remittendo ſic Bartolus & cæteri interpretantur poſt Accurſium, vt qui ex pacto intra certum tempus precij reſtitutionem offerre debuit, audiri non debeat, ſi petat à Principe vt ſaluá habeat in longius tempus redimendi facultatem, ego quàm maximè probo. Ita namque prima legis verba *ſi à te cõparauit*, oſtendunt apertiſſimè reſcriptum fuiſſe ab Imperatoribus ad preces venditoris, cuius porrò intererat nõ vt pactum prorſus tolleretur, per quod res inempta fieri deberet in caſum precij reſtituti, quod in perpetuum potiùs ſaluum eſſe voluiſſet, ſed vt de rigore & aſperitate illius pacti, quo reſtituendi precij facultas anguſtiori tempore coarctabatur, nonnihil relaxaretur. Quomodo autem niſi prorogata in longius tempus ea facultate? Quod à quibuſdam clariſſimis, licèt Iureconſultis, mihique amiciſſimis, non obſeruatum, fecit vt exiſtimauerint corruptam eſſe loci huius lectionem in ſequentibus iis verbis, *non iure petis* legẽdúmque *petit* pro *petis*. Vt relato verbo illo ad emptorem non ad venditorem, ſenſus ſit, audiri emptorem nõ debere qui reſcripto Principis aſſequi velit vt venditori eripiatur commodum pacti quo conuenerat vti reddito intra certum tempus precio fundus inemptus conſtitueretur. Quæ interpretatio non ſolùm ridiculos facit Imperatores, qui de tam certo nullámque prorſus dubitandi cauſam admittente iure reſponderint, tanquam ad preces emptoris cùm ab ipſo venditore conſulerentur, ſed ex ipſius etiam legis poſteriore parte conuincitur, in qua ſic ſcriptũ eſt, *Sed ſi ſe ſubtrahat, vt iure dominii eandem rem retineat, denuntiatoris & obſignationis depoſitioniſque remedio contra fraudem potes iuri tuo conſulere.* Inde namque conijci poteſt, nihil in ea ſpecie petiiſſe emptorem, qui ſe licet per fraudem ſubtrahebat, vt non exiſtente cui precium reddi poſſet

Digitized by Google

intra tempus constitutum, pacti vis eluderetur, atque ita dominij iure rem retineret. Ob eámque nimirum causam anxius venditor, & veritus ne tempus illud intra quod præcisè parendum erat conditioni vt fundus inemptus fieret, per emptoris calliditatem interim elaberetur, postulabat ab Imperatoribus prorogari sibi tempus conditionis, eo potissimum, vt credibile est, colore iustam esse petitionem suam existimans, quod æquum non esset prætextu pacti illius præcisi damnum se sentire ex fraude & calliditate emptoris. Sed neque hoc casu putarunt Imperatores fieri rescripto posse, vt de pacti iure & conditione quicquam remittatur: Tantum abfuit vt aliud rescripturi fuerint nullo emptoris dolo interueniente. An quod prætextu pacti fauere voluerint dolo emptoris? Minimè, sed quoniam alio remedio consuli venditori potest aduersus eam emptoris fraudem & calliditatem: Facta scilicet denuntiatione & obsignatione quæ solutionis vim habeat, vt etiam absente aut cunctante emptore conditioni satisfactum esse videatur, perinde acti solutio intra præstitutum tempus facta fuisset. Necessaria est autem hoc casu obsignatio, non ad implendam conditionem (quam in rem sufficeret per aduersarium stetisse ne esset impleta, quod fieri posset per nudam obligationem sine obsignatione (sed ad inducendam liberationem, quia fieri nequit vt fundus inemptus dici possit quandiu precium ex causa emptionis remanet penes venditorem, quemadmodum docuimus *Decade 22.* nisi conuenerit vt & fundus inemptus fiat, & solutam pretij partem emptor amittat *l.4. De leg.commiss.* In quo errarunt plerique existimantes, etiam cùm agitur ex pacto de retrouendendo necessariam esse obsignationem ex parte venditoris ad constituendũ in mora emptorem, saltẽ ad lucrandos fructus, quã sententiam sequitur Andr. Tiraq. *De retract.conuent. §.4. glos. 6.num4.* motus præcipuè vt & cæteri qui eiusdẽ sunt opinionis ex *d.l.si à te*: Errarunt etiam illi ipsi qui solam obligationẽ sufficere scripserunt, non habẽtes quid respondeant ad *d.l.si à te.* nisi quod ex abundãti facta sit ab Imperatoribus mentio depositionis & obsignationis, cùm oblationem factã esse satis esset. Quamquã dici etiam illud potest, necessariam esse obsignationem quoties oblatio necessaria est, nec apparet persona cui offerri possit, vt sit obsignatio non solùm vice solutionis, sed etiã oblationis loco, quòd alioqui non possit apparere an offerre potuerit aut voluerit is, qui omnimodo offerre debuit vt se conuentionis potestate liberaret, quandoquidem nemini obtulit. Eiúsque rei argumentũ non obscurum præbet quod scriptum est in *l.vlt. D. de leg.commiss.* iis verbis, *die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquã paratum fuisse exsoluere, & sacculum cum pecunia signatorum signis obsignauit, defuisse autem venditricem.* Ex quo loco interpretandum sanè est, quod in *d.l. 4.§.vlt.eod.tit.* Vlpianus scripsit, securum esse emptorẽ qui non offert, si non habeat cui offerat, vt ita demum sit securus si appareat per eum non stetisse quominus obtulerit, sed per venditorẽ duntaxat: quod ipsum tamen vix est vt apparere possit, nisi præcedente denuntiatione aut testatione & obsignatione. Cur enim ob id solum videri debeat emptor impleuisse conditionem quòd non habuerit cui offerret, si nec habuit quid offerret? Prius siquidem est vt in promptu sit quod dandum est quàm vt in accipiendo mora aliqua cõmissa esse intelligatur. Præsertim cùm ad impediendam potestatẽ legis cõmissoriæ non sufficiat emptorẽ non esse in mora soluẽdi precij, sed illud præterea necesse sit vt venditorẽ constituat in mora accipiendi, vt in eodem §.

vlt.

*vlr.*idé Vlp.ex Marcello ſcribit.Sed hoc obiter dictum ſit,ne quid ignoretur eorũ quæ pertinent ad *d.l.ſi à te*, cuius prior pars ſi ad venditorẽ vt & poſterior dirigenda eſt, non ad emptorẽ, quod ita eſſe probauimus, quid obſecro pro nobis contra Cagnolum reſcribi potuit apertius? Volebat vẽditor prorogari ſibi tempus conditionis. Allegabat fraudẽ & calliditatem emptoris. Nec tamen eo magis putant Imperatores ei indulgendum vt de pacti iure quicquam per reſcriptũ remittatur.At obſtat, inquiunt pragmatici,*lex quoties* 2.*C.de precib.Imper.offer.*ſi non diſtinctionis fœdere conciliationis ratio aliqua ineatur. Sic.n. lex habet *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permittitur,aditus ſupplicanti pandatur.*Quæ verba interpretes vulgares ſic omnes accipiunt, vt cùm nihil niſi mora & dilatio petitur, facilè conceden da ſit ex Principis reſcripto, quaſi in ea re nullum aut per modicum verſetur præiudicium eius aduerſus quem reſcriptum impetratur, ex trito illo brocardico, Quod differtur non auffertur. Indéque nimirum tres illæ conciliationes & diſtinctiones ab Accurſio excogitatæ,quarum prima illa eſt,multum referre an prorogatio temporis in conuentionem deducti petatur per viam actionis, an per viam exceptionis, vt priore caſu concedi non debeat, eáque ſit ſententia *d.l.ſi à te.* Poſteriore verò indulgeri poſſit ex *d.l.quoties.* Quam diſtinctionem illud adiuuat,quod in ſpecie *d.l. ſi à te*, id agebat venditor vt rem à ſe venditam auferre poſſet emptori, eidemque poſſeſſori, ac proinde propoſita in eam rem actione,vt probant verba illa,*ſed ſi ſe ſubtrahat,vt iure domini eandem rem retineat.* Cõtrà verò in *d.l.*2.tractatur de præſcriptione, quæ cùm nihil niſi exceptio ſit, ſoli reo cõpetit,non actori. Sed tamen ridicula diſtinctio eſt quoniam non magis ei qui ex pacto conuenitur,quàm ei qui ex pacto agit permittendum eſt,vt aduerſus ea faciat, quæ pacto cõprehẽſa ſunt. Eademq; vtroque caſu vrget ratio & iuris & æquitatis,vt pactũ quod iuſtũ neq; contra bonos mores aut leges eſt, omnino ſeruare oporteat.Secunda Accurſij diſtinctio eſt quam Bartolus magis probat, an prorogatio in longum tempus,an in modicum & breue poſtuletur. Hanc concedi poſſe putat, illam non item,quòd in mora modici temporis damnũ nullum ſit *l.ſi debitori* 21. *D.de iudic.*quod non ſimiliter dici poteſt ſi longioris tẽporis dilatio concedatur. At neque diſtinctio hęc legis huius aut illius verbis cõuenit. Neutribi enim exprimitur an de lõga an de breui dilatione hîc aut ibi tractetur.Et quẽadmodũ moratoria præſcriptio perinde multorũ mẽliũ eſſe poteſt atq; vnius,ita fatendũ eſt nõ minùs fieri contra pactũ ſi vel primo poſt elapſa reſtituendi pretij tẽpora moneto vẽditor preciũ reddere velit quàm ſi poſt decẽniũ id offerret,quãdoquidẽ ſemper verũ eſt intra cõſtituta tempora preciũ redditũ nõ fuiſſe *l.Thais* 41.*§.intra D.de fideic.libert.* Sed & vtroque caſu eædem rationes obtinẽt quas ſuperiore cap.adduximus ad probãdũ,fieri nõ poſſe per Principis reſcriptũ vt cõditionis cõuẽtionalis tẽpora inuitis cõtrahẽtibus prorogentur. Illud tamẽ ex Accurſij traditione quãtũlibet falſa obſeruãdũ eſt lõgioris tẽporis dilationẽ Accurſio viſã eſſe eã quæ ſit in annũ, ideóq; cõcedi nec debere.Ponit enim vẽditorẽ qui ex pacto preciũ vẽditionis intra biẽniũ reddere debuerat petiiſſe ab Impp.vt liceret ſibi in aliũ annũ eodẽ iure vti.Nã ſi anni vnius ſpatiũ lõgũ eſſe creditur, cũ dũtaxat biẽniũ p̃ceſſit, multò magis videri lõgũ debet, ſi pacto ſeptẽniũ iã aut decẽniũ cõtinebatur:qa quãto lõgius præceſſit tẽpus,tãtò minùs dign⁹ eſt vẽditor cui lõgioris tẽporis ꝓrogatione ſuccurratur:eq; ab hac sẽtẽtia Cagnol⁹ abhorret,q in cõcipiẽda quæſt. iſta, vtrũ redimẽdi tẽpora ex reſcripto

Principis prorogari possint, non de alio tempore quærit quàm quòd sit duorum, triúmve mensium, ita innues tẽpus anni vnius, certè longius esse quàm vt debeat indulgeri. Nam & eo casu quo venditor inopinato fortunæ impetu maxima clade effectus probetur, vt ex ea causa conditionem implere precióque intra constituta tempora reddere non potuerit, non putat Cagnolus amplius quàm sex mensium ad summum tempus indulgendum ei esse, sicque perpetuò obseruatum se vidisse testatur. Tametsi nec Cagnolus nec alius quisquam pragmaticus rationem vllam satis rectam possit reddere, cur post elapsa tempora quæ in conuentionem fuerant deducta permittendum sit venditori, vt intra duos vel tres vel sex menses precium reddere possit ad resoluendam venditionem potiùs quàm post annum, aut cur hoc potiùs quàm illo die, denique qua demum hora ius illud finiri & coarctari debeat restituendi precij, & implendæ conditionis. Sanè modicum tempus à lure consultis definitum videtur, quod condemnatis datur *d.l. si debitor* 21. *De in dic.* quod ipsum fuit olim bimestre, nunc quadrimestre *l.2.& vlt.C.de vsur. rei iudic.* Tertia postremáque Accursij solutio quam elegantiorem esse decebat, omnium ineptissima est. *Hic*, inquit, *Princeps noluit indulgere, ibi voluit.* Verba enim illa legis *remitti hanc conuentionẽ rescripto nostro non iure petu*, demonstrant apertissimè non tam ex iniqua Imperatorum voluntate quàm ex mera veráque iuris ratione fieri ne conuentio per rescriptum remitti possit. Longè melius Salicetus ad *d.l. quoties*, vbi postquàm obiecit *dictam l. si à te, solue*, inquit, *vt in glosa.* Tum subiicit, verbis quidem parum elegantibus, sed tamen tantò significantioribus, *Melius dic, quòd ibi non est rescriptum dilatoriæ præscriptionis exclusiuum, sed augmentatiuũ, & sic ineptè opposuit glosa secũdum quosdam, vel quia non potest esse augmentatiuum ex parte venditoris vi ibi quin sit exclusiuum ex parte emptoris. Ideò dic quod illa augmentatio tẽporis habet naturam peremptoriæ concessæ quæ emptori absorbet id quod post tempus conuentum esset irreuocabile, ideò non valet vt hic in fine.* Quibus verbis significat non modò non pugnare secum leges illas, quæ contrariæ videntur, sed consentire. Nam in ea ipsa *l. quoties*, post verba illa quæ iam retulimus, & quibus potissimùm Cagnolus mouetur, sequitur statim, *Quod autem totius negotij cognitionẽ tollit, & vires principalis negotij exhaurit, sine graui alterius partis dispendio conuelli non potest, nec præscriptionis igitur peremptoriæ relaxatio petatur.* Certum autem est rescriptum Principis per quod prorogatur tempus conditionis implendæ ad extorquendam retrouenditionem ab emptore, eius naturæ & conditionis esse, vt totius negotij cognitionem tollat, & vires principalis negotij exhauriat. Facit enim vt priuetur emptor commodo suæ conuentionis, perindéque admittatur venditor ad implendam conditionem quæ iam defecta sit acti nondum defecta esset. Quamquam in eo perpetuus Saliceti & aliorum error est, quòd existimant ius emptoris quod huiusmodi prorogationis rescripto absorbeatur, non nisi post tempus conuentum esse irreuocabile quasi non fuerit antea. Nam, vt docuimus in superioribus, ius dominij quod emptor habet in re empta sub pacto de retrouendo iam quæsitum est in plenum & irreuocabiliter ex die venditionis perfectæ & per traditionem impletæ, licèt habeat venditor ius redimendi, aut potiùs implendæ conditionis ad petendam retrouenditionem, quoniam obligatio illa retrouendendi tota conditionalis est, & consequenter nulla ante impletam conditionem. Et quantúuis pura esset, nihil tamen habe-

ret

ret commune cum acquisitione dominii, siquidem per conditionis implementum non aliud iuris acquiritur venditori, nisi vt exinde nata sit obligatio, cuius potestate liceat ei agere contra emptorem ad retrouendendum: quod cùm fit, non tamen præcisè cogitur emptor retrouendere, sed liberatur præstando id quod interest, ac tametsi præcisè retrouendere cogeretur, aliud tamen dominium esset, quod ab emptore in venditorem transferretur, aliáque causa dominij transferendi scilicet ex noua & secunda venditione: nec proinde eo minùs dominium ex prima venditione irreuocabiliter emptori acquisitum intelligeretur. Neque ad rem pertinet, quod elapsis temporibus intra quæ conditio impleri potuit, ius illud emptori acquiritur, vt desinat posse obligari vnquam ex eo pacto ad retrouendendum. Nihilomagis enim irreuocabiliter acquiritur res emptori, cui iam fuerat irreuocabiliter acquisita. Illud verò ius per quod desinat posse obligari defecta cõditione, tale est quod ante lapsum tempus, defectamque conditionem, nullomodo emptori fuerat quæsitum, id est, ne irreuocabiliter quidem. Quod ipsum tamen ius cùm totum in priuatione & negatione consistat, re vera nihil est, neque ius liberationis dici potest, cùm ante impletam conditionẽ nulla sit emptoris obligatio à qua liberari possit. Et quemadmodũ in *l. conditionibus 5. D. de cond. & demonstr.* non melegantèr Paulus scribit, Pupillum etiam sine tutoris autoritate conditionibus parere posse, quia quamuis expleta conditione possit aliquando heres esse necessarius, tamen id fit iure potestatis, nõ conditionis expletæ: cùm conditionis implementum nihil aliud inducat, nisi vt institutio, quæ conditionalis fuerat, pura reperiatur *l. ei qui ita 13. D. de condic. instit.* Ita ex contrario in proposita quæstione dici potest, defecta conditione, sub qua promiserat emptor se retrouenditurum, liberum quidem omnino esse emptorem ab onere retrouendendi, & irreuocabiliter dominum remanere, sed id fieri non tam vi & potestate defectæ conditionis, quàm ex causa & iure emptionis, quæ pura fuit, perfecta, & impleta, licèt quandiu pependit cõdicio, fuerat emptor in eo, vt intra cõditionis tempora res auocari ab eo posset, idque tamẽ si nõ mallet indẽnitatẽ plenissimá præstare vẽditori. Mihi autẽ videtur Baldus omniũ optimè & aptissimè totá rẽ istam explicasse ad *d. l. quoties*, in qua sic scribit: *Oppono ad primum d. l. antepen. C. de pact. ins. empt. & vendit. quæ incipit, si à te solutio, aut dilatio includit in se negotij principale, & est prohibita impetratio vt ibi. Auth. non includit in se negotiũ principale, sed solius dilationis, & tunc non est prohibita vt hic.* Subiicit, *dices tu, quomodo hoc cognoscam? si ex tempore*, inquit, *pendet exitus controuersiæ, vt dicit l. antepen. Sed quando ex tempore non pendet absolutio vel condemnatio, tunc apparet quòd tempus sit quiddam accidentale, non substantiale.* Quid enim potuit magnus ille vir, & si quid mei iudicij est, Bartolo longè præstantior, scribere apertiùs, vt docetet quãtum interfit, an rescripto Principis prorogetur tempus conditionis implendæ ad petendam retrouenditionem, an verò moratoriæ literæ concedantur? vulgò literas *respirationis* vocant, ad quas pertinere omnes putant quod in *d. l. quoties* scriptum est de moratoria præscriptione. Nam cùm quis obligauit se ad decem soluendum intra menses tres, duo vtique promisit, scilicet se soluturum & intra id tempus soluturum. Prior pars respicit causam obligationis in fauorem creditoris, vt habeat ex promissione actionem. Posterior respicit causam solutionis in id vsque tempus dilatæ fauore debitoris, ne ante id tempus conueniri &

vrgeri poſſit,ſed tùm demùm duntaxat,cùm totum id tempus præteritum erit *l.qui hoc anno 42. De verb.oblig.* Itaque non poteſt dici tempus eo caſu adiectum limitandæ & finiendæ obligationis gratia, cùm è contrario non niſi eo tempore elapſo incipiat debitor poſſe conueniri: tantum abeſt vt ex ſolo temporis lapſu liberetur. Proinde,vt Baldi verbis vtar,non pendet exitus controuerſiæ ex tempore,ſed tantò magis debitor apparet is cuius obligationis dies qui anteà tantùm ceſſerat,tandem venit. Ita fit vt ſi debitori qui intra menſes tres ſoluere debuit,Princeps indulgeat dilationem ne niſi poſt annum inquietetur,ea dilatio non includat in ſe negotium principale, quemadmodum idem Baldus loquitur, quoniam principale negotium cõſiſtit in obligatione,cum qua nihil commune habet tempus ſolutionis,cùm ſiue vlteriore,ſiue citeriore die ſoluendum ſit,ſemper debitor maneat obligatus. At verò cùm quis promiſit ſe retrouenditurum, ſi intra menſes tres venditor redimere,pretiúmque reſtituere volet, non duæ ſunt promiſſionis partes,ſed vna eſt promiſſio,ſicut & vna cõditio quæ ſuum tempus habet,vt tantò ſtrictiùs obliget venditorem, cuius oneri cõditionis implementũ incumbit,ne poſt id tempus eam implere poſſit. Veréque dici hoc caſu poteſt ex tempore pendére exitum cõtrouerſiæ, quia finito tempore intra quod pecunia in cauſam redemptionis reddi debuit, nulla ſupereſt quæſtio de retrouendendo, non tamen quaſi finita obligatione quomodo illi putant qui tempus hoc caſu finiendæ & limitandæ obligationis gratia adiectum eſſe arbitrantur(quãdoquidem ex promiſſione cõditionali ante cõditionem impletã nulla obligatio naſcitur, quæ iá finiri poſſit)ſed quaſi finita & limitata obligationis cõditione,quæ perpetua eſſet,emptorémq; perpetuò admitteret ad redimendum ſi non certo vllo tempore coarctaretur. Sic euenit,vt dilatio quam Princeps cõcedere velit ad prorogandam in lõgius tempus redimendi facultatem, proculdubio includat in ſe negotium principale, totúmq; emptoris ius abſorbeat,cùm efficiat vt promiſſio illa cõditionalis quæ alioqui ex lapſu temporis propter cõditionis defectum euanuiſſet, perinde adhuc ſubſiſtere intelligatur, acſi ſub alia conditione lõgiorem diẽ habente facta fuiſſet. Quæ quamquam ita ſunt,in duobus tamen Baldus fallitur: in eo primũquòd moratorias illas literas, quas praxis noſtra tam facilè admittit, iuri cõſentaneas eſſe arbitratur,probátque ex *d. l.quoties*,de cuius lectione & ſententia ideo ſequenti capite nobis dicendum erit. Deinde in eo quod notat ad *d.l.ſi à te.* reſcriptum Principis de prorogando tempore ad redimendum dato ita demùm non valere ſi in forma communi impetretur, ita innuens,vt videtur,poſſe valere ſi nõ in forma communi & de poteſtate, vt loquuntur,ordinaria concedatur, ſed de plenitudine poteſtatis & adiecta clauſula quæ nõ niſi de plenitudine poteſtatis adiici poteſt,*non obſtante lege & pacto.* Is enim conſtantiſſimus Baldi,vt & aliorum omnium veterum interpretũ error fuit, quòd exiſtimauit,poſſe Principẽ,ſi pleniſſima illa poteſtate vti velit iuris tertij,ſiue ex ciuili tantùm,ſiue etiam ex naturali & gentiũ iure quæſitũ ſit,derogare. Etſi in eo quoque ferè omnes cõſentiũt nullũ huius pleniſſimæ poteſtatis vſum eſſe debere, niſi vrgẽte aliqua iuſta cauſa,eáque ad publicá duntaxat,nõ ad priuatam huius vel illius vtilitatem pertinẽte. Ego verò,nõ modò ridiculá,& iniquã traditionẽ illã eſſe arbitror, ſed etiáſi faterer verá eſſe,tamẽ à propoſita quæſtione alienã putarẽ. Nã, vt ſũ ſuprà diximus,nõ in eo verſatur hæc dubitatio,an rẽ emptori acquiſitam

Pri

Princeps emptoti aufferre poſſit, ſed an in Principis poteſtate ſit facere vt ex promiſſione conditionali in caſum defectæ cõditionis emptor obligetur,& ex cõuentione contrà quàm conuentionis verba patiantur. Quæ omnia cùm implicent contradictionem, non magis ex pleniſſima & abſoluta, quàm ex ordinaria Principis poteſtate fieri poſſunt, ſicut nec vt ex contractu obligetur is, qui nullomodo contraxit.

ERROR TERTIVS.

De lectione & ſententia l. quoties 2. C. de precib. Imper. offer.

FREQVENTIVS in praxi nihil eſt, iis literis moratoriis, de quibus iam aliquid ſuprà diximus, & quas vulgò *literas reſpirationis* appellant. Eas cõcedere Princeps ſolet egenis debitoribus, quos anguſtia rei familiaris ad dictá diẽ ſoluere nõ facilè patiatur: ac proinde nõ tá iuris quá miſerationis ratione. Præſertim ſi nouus aliquis caſus ſuperuenerit, qui debitori fortaſſis anteà locupleti inopinatá attulerit egeſtatẽ, cuius nullá haberi rationẽ certè inhumanũ eſſet, cùm dici ſoleat id quod differtur nõ aufferri, nec magnũ damnũ eſſe in mora modici temporis *l. ſi debitori 21. D. de iudic.* Nã & medij tẽporis vſuras poſteà exigere creditor poteſt, ne dãnoſum ei ſit beneficiũ Principis à debitore impetratum. Solẽt verò huiuſmodi dilationes apud nos aut anni vnius eſſe aut quinquennij. Quæ anni vnius ſunt, quia & minoris ſunt præiudicij, facilius à iudicibus admittũtur, & nulla alia iuratoria cautione præſtita, ſi neget debitor aliter ſe cauere poſſe. Quæ aute quinquẽnij, ſicuti grauius damnũ aut ſaltẽ incõmodum adferunt creditori, ita nõ tam facilè aut à Principe cõcedi, aut à iudicibus admitti ſolẽt, ſed ita demùm ſi iuſta cauſa allegetur & probetur, ac præterea à idoneis fideiuſſoribus aut pignoribus, indemnitati creditorũ proſpiciatur. De qua re ampliſſimus tractatus extat apud Petr. Rebuff. *de liter. dilat* & nos etiá in Codice Sebaudico ſcribemus. Huius iuris approbationẽ noſtri ſumũt ex *l. vniuerſa* 4. c. *de prec. Imp. offer.* in qua diſertis verbis agitur de reſcriptis quæ in debitorũ cauſis ſuper præſtandis dilationibus promulgantur, cauetúrque ne aliter valeant quá ſi fideiuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur. Item ex *l. vlt. c. qui bon. ceder. poſſ.* quæ de induciis quinquennalibus tractat. Verùm ita tractat vt inuere videatur ex creditorum voluntate magis quá ex Principis arbitrio pendére an inducias tam longas debitoribus concedi oporteat. Sic enim Iuſtinianus eo loco loquitur, quaſi ſolitus ille mos eſſet, vt implorato per debitores miſerabili auxilio ceſſionis bonorũ, electio daretur creditoribus, ex Principis reſcripto, an quinquennale ſpatiũ eis indulgere mallent, an potiùs bonorũ ceſſionẽ accipere, vt appareret poſſe quidẽ Principẽ admittere debitorẽ ad miſerabile beneficiũ ceſſionis etiã inuitis creditoribus, ſed nõ ſimiliter niſi volẽtibus ipſis & eligẽtibus, debitori inducias ad ſoluendũ indulgere. Neq; ſanè credibile eſt, iam tum obtinuiſſe, quod nunc obtinet, vt inuito creditore, imò quod magis eſt, inuitis creditoribus omnibus, quinquennales inducias debitori concedere Princeps poſſet, ſi mallent illi debitorem inuitum adigere ad ſoluendum, aut ad ceſſionis beneficium implorandum. Nimis enim longum illud tempus eſt quinquennij, & creditoribus incommodum ac oneroſum, quantúlibet iis per debitorem cautum proponatur. Neque verò vllus in toto iure locus eſt quo quis poſſit vſum probare huius

modi reſcriptorum de quinquennalibus induciis, at nec de annalibus concedendis. Nam quod in *d.l.vniuerſa* ſcriptum eſt de dilationibus præſtādis, ad eas dilationes proculdubio pertinet, quæ ſunt modici temporis, de quibus in *d.l. ſi debitori* 21. *& l.interdum* 56. *D.de iudic.* aut de quinquennales de quibus in *d.l.vlt.C.qui bon.ceder.poſſ.* Vix autem eſt vt hac parte modicū tempus dici poſſit, quod ſit vnius annitantum abeſt vt modicum videri debeat quod ſit biennij aut quinquennij. Mouentur tamen pragmatici omnes, vt receptiſſimū errorem hūc tueantur, ex *l.quoties 2.C.eod.tit. De precib. Imper. offer.* in primis illis verbis, *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permittitur, aditus ſupplicanti pandatur.* Quæ ſententia cùm ſit generalis, pertinere videtur ad reſcripta omnia, quibus moratoria exceptio conceditur, id eſt ad moram duntaxat ſolutionis faciendam, vt omnimodo admittenda ſint, nec de eorum viribus dubitari oporteat. Sed non ita eſt, multóque probabilius tentari poteſt corruptam eſſe ac vitioſam vulgarem lectionem, & pro *permittitur* legendum eſſe *remittitur*, quomodo legiſſe videtur Accurſius in ſecunda legis interpretatione, itémque Iacob. Cuiacius *lib.2.Obſeru.cap.*10. vbi & ſecundam illam Accurſij interpretationem probat, quæ illa eſt, vt ſi debitori competat exceptio dilatoria vel moratoria, vt puta pacti conuenti, ne intra quinquennium petatur, hæc creditori ſuum perſequenti ante quinquennium remitti & relaxari poſſit, Peremptoria verò non item, vt puta pacti conuenti, ne vnquam petatur. Sequitur namque in ſecunda legis parte præſcriptionis peremptoriæ relaxationem ex reſcripto peti non poſſe, ratione illa quoniam id quod totius negotij cognitionem tollit, & principalis negotij vires exhaurit, ſine graui alterius partis diſpendio conuelli non poſſet. Vnde apparet priorem quoque legis partem de præſcriptionis relaxatione non conceſſione intelligi debere. Alioqui, quod Iacobus Cuiacius ſubtiliter obſeruat, abſurdum illud ſequetur, vt ſic accipi legem oporteat, ac ſi ſcriptum eſſet, moratoriam præſcriptionem remitti, id eſt concedi poſſe, Peremptoriam verò conuelli & relaxari, id eſt, concedi non poſſe: qua interpretatione nihil vtique eſſet abſurdius. Quamquam nec illud probare vllomodo poſſum, quod idem vir doctiſſimus poſt Accurſium moratoriam præſcriptionem interpretatur eam quæ competat ex pacto ſic inito, ne intra certum tempus petatur. Omnes enim pactorum exceptiones peremptoriæ ſunt cùm ex Prætoris edicto inducantur & confirmentur, non in alium finem, quàm vt actionem perimant, non ipſo quidem iure, ſed in effectu, quia vis & poteſtas actionis iure ciuili competentis per iuſti pacti exceptionem eliditur, ſi non in perpetuū cùm pactum fuit tēporale, ſaltem in id vſq; tempus quod pacto cōprehenſū eſt, licèt reſpectu perpetuarū dicantur etiam dilatoriæ, quia ſunt tēporales. In quo videtur mihi non ſatis partitè locut' Caius in *l.3 de excep.* vbi temporales exceptiones à dilatorijs non diſtinguit, nec perpetuas à peréptorijs. Ná nec iuſtius aut fortius pactū vllū eſt, q̄ quod eſt De non petendo, ſiue conuenerit ne vnquam petatur, ſiue ne intra hoc aut illud tempus petatur. Proinde non minor fit iniuria paciſcenti qui ex eiuſmodi pacto temporalem exceptionem habuit, ſi ea exceptio ipſi adimatur, quàm ſi exceptionem perpetuam habuiſſet. Imò tantò maior quantò facilius eſt creditori, vt à petendo abſtineat per aliquod tempus ne iuſto pacto vim faciat, quàm vt in perpetuum petere prohibeatur. Itaque, niſi me fallo, illius loci longè alia ſententia eſt, ad eas ſolas exceptiones pertinens, quas vulgò dilatorias appellamus: qua

Digitized by Google

ler ſunt eæ omnes quæ non ad ipſam cauſam ſpectant, ſed ad perſonas eorum ſine quibus iudicium conſiſtere non poteſt, puta iudicis, actoris, procuratoris, quęque non ad conſtituti, ſed ad conſtituendi iudicij cauſam referuntur, ſicut è contrario quæ ſunt peremptoriæ ad cauſam ipſam pertinent, non ad perſonas, & ad iudicium conſtitutum non ad conſtituendū: vnde illud eſt quod exceptiones dilatorias opponi neceſſe eſt ante litem conteſtatam, perēptorias verò quandocunque ante ſententiā oppoſitas eſſe ſufficit, *l. exceptionem 19. C. de probat. l. præſcriptionem 8. & l. pen. C. de excep.* Adeóque etiā poſt ſententiā ſi nō impugnent iudicatū, cuiuſmodi eſt exceptio ſolutionis, & quæ ab ea non longè diſtat pacti de non petendo, de qua nunc tractamus, licèt quod ad hanc attinet, pragmaticos pleroſque contrà ſentire non ignorem: quorum error alio loco fortaſſe à nobis refelletur. Facilè autem eſt intelligere, cur facilius reſcripto Principis dilatoriam præſcriptionem remittere quàm peremptoriam, quia ſcilicet multò minoris præiudicij eſt, ſi cui dilatoria quàm ſi peremptoria exceptio eripiatur: cùm remiſſa dilatoria nihil de aduerſarij iure detrahatur, ſed iudicij tantùm ordinandi ratio immutetur. Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt parum ſubtiliter eos facere, qui ex *d. l. quoties*, probant vſum literarum moratoriarum: ſed illos multò ſtolidius, qui Cagnolum ſecuti, probare volunt ex eo loco, fieri poſſe per reſcriptum Principis, vt venditori, qui intra certum tempus ad rē redimendam implere conditionem pretiúmque reddere debuit, conditionis implendæ ius in longius tempus prorogetur, nam etſi ſecundam illam Accurſij interpretationem quam Cuiacius laudat, ſequi velles, fatēdum tamen eſſet, huiuſmodi promiſſione retrouendendi ſub ea conditione ſi pecunia intra biennium reſtituetur, includi à contrario ſenſu pactum de nunquam petenda retrouenditione, ſi intra biennium pretium non reſtituetur. In quo differt promiſſio hæc ab obligatione ſoluendi intra certum tempus qua nemo dixerit includi pactum contrarium, De nunquam ſoluendo poſt id tempus, quia cùm ea emptoris adiectio, non ad legem obligationi dandā, ſed tantùm ad differendam ſolutionem facta ſit, prodeſſe non poteſt ad inducendam vllo caſu liberationem. At potiùs, vt debitor qui videt ſe propter illam adiectionem ante conuentum tempus conueniri non poſſe, intelligat futurū poſt id tēpus vt cōueneri poſſit. Quare nec quicquā cauſæ eſt, cur *d. l. quoties* obiiciatur *lex ſi à te 7. C. de pact. int. emp. & vēd.* de qua ſcripſimus cap. ſuperiore. Ná vt Cuiac. ſupradicto loco non minùs apertè quàm appoſitè reſpondet, venditor qui poſtulat vt ſibi poſt conſtitutum diem offerre pretium emptori & venditionem, vt ille loquitur, reſoluere liceat, iam non dilatoriam, ſed peremptoriam præſcriptionem remitti poſtulat, quandoquidē venditori poſt diem offerenti rectè præſcribere emptor poteſt nullum amplius offerendi ius ſupereſſe. Illud verò multò magis mirādum eſt Cagnolū, Antonium, Solam, alióſque pragmaticos qui nihil habēt quod pro tuenda ſententia ſua proferāt prēter *dictā l. quoties. C. de precib. Imp. offer.* nihil reſpōdere ad *d. l. ſi à te*, cuius verba tā aperta ſunt aduerſus hūc erroré, vt nō poſſint fingi apertiora. Niſi quod Cagnol. *quæſt. 35. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* ſic eā legē intelligere videtur, vt procedat cū Princeps in totū vellet derogare pacto de retrouendēdo. Prorſus ridiculè. Nō enim fieri poteſt vt venditor poſtulet diſcedi à toto eo pacto, cuius cōtrà intereſſet redimēdi facultatem habere perpetuā, nec certo vllo tēpore coāguſtatā. Atqui in ſecie *d. l. ſi à te*

consulebantur Imperatores à venditore non ab emptore, petebatque venditor remitti pactum vt proximo errore probauimus. Non igitur petebat in totum remitti, sed tantùm ex ea parte qua cogebatur ille pecuniam reddere intra certum tempus, quod in eo erat vt ante impletam conditionem lapsum iri videretur. Itaque cùm Cagnoli & aliorum eiusdem ponderis pragmaticorum autoritas, si qua est, non solùm euidentissimi iuris ratione, sed ipsius etiam legis autoritate conuincatur, ne Baldos, Salicetos & Cuiacios obiiciam, planè non video, cur non tantus error hic à Senatu nostro hucusque explosus, ad autores fautoresque suos in perpetuum relegandus sit, tanquam reipublicæ quoque pernicioſissimus. Impugnat enim sanè publicam vtilitatem, nec facilè reperientur qui velint emere sub hac lege pactóque De retrouendendo, si ius ita constituatur, vt conditionis, quæ suũ certúmque tempus habuit ex conuentione paciscentium, tempora præscripta ex solo Principis rescripto prorogari possint inscio adeóque inuito emptore, qui non nisi sub ea conditione obligatum se voluit ad retrouendendum. Quænam enim commerciorum & pactorum fides posthac erit, si quæ inter contrahentes iustè placuerunt iis ignorantibus & inuitis pro Principis arbitrio immutentur? Nec enim possis hoc casu idipsum vsurpare, quod in moratoriis literis vsurpari solere diximus, damnum nullum esse in mora modici temporis, cùm in actibus momẽtaneis qualis hic est redimendæ rei venditæ, non minùs damnum sentiat emptor ex prorogatione vel vnius horæ quàm si prorogatio fieret in mille annos, siquidem ea ipsa hora redimere venditor poterit, qui alioquin redimendi ius nullum amplius vnquam habuisset. Nam & ob eam causam solent in huiusmodi causis imputari tempora de momento in momentum, vt appareat ne vel vno quidem post præteritum tempus momento licere quod antè licebat. Et verò cùm negari non possit quod nos toties diximus, non minùs ex pragmaticorum quàm ex nostra sententia, solo Pinello excepto ad *l. 2 C. de rescind. vendit.* Pactum de retrouendendo partem esse pretij, sicut & cætera pacta omnia, quæ in venditionibus adhibentur *l fundi partem 79. D. de contr. empt. l. si vẽditor 6. §. vlt. De seruis export.* Illud etiam fatendum est, non posse prorogari aut minui tempus conditionis implendæ, quin venditionis quoque pretium vel augeri vel imminui videatur, quoniam vtique vel pluris vel minoris emptum fuit emptor si tempus illud vel longius vel breuius conuentum fuisset. Atqui quantulacumque mutatio fiat pretij vel vno tantùm, si voles, denario addito vel detracto, venditionem quoque immutari & aliam fieri necesse est, quia emptionis substantia consistit ex pretio, inquit Paulus *in l. pacta cõuenta 72. D. de contr. empt.* Substantia autem cuiuslibet contractus indiuidua est. Vnde illud fit vt si ex ea causa permitttatur aliquando recedere à contractu, vt puta beneficio in integrum restitutionis non sit audiendus is qui non nisi pro parte recedere vult, sed vel in totum, vel nulla prorsus ex parte ab eo recedi oporteat *l. tutor. 47. §. curator. D. de minor l. si quis aliam 46. D. de solut.* Non magis ergo fieri potest per rescriptum Principis, vt tempora conditionis conuentionalis ad ampliandam aut restringendam redimendi facultatem aut prorogentur aut minuantur, quàm vt citrà contractus rescissionem à toto contractu discedatur, &, quod difficilius est, nouus contractus ipsis quoque contrahentibus inuitis iniciatur. Nec sanè vlli vnquam venit in mentem vt diceret, rescripto Principis fieri posse, vt venditor qui ex conuentio

uentione pretium reddere possit intra biennii, cogatur reddere intra biennium, nec post biennium offerens admittatur. Cur verò difficilius illud recipietur, quàm vt ex contractu venditori qui intra biennium ex conuentione pretium reddere debuit, ad triennium vsque offerendi ius superstit? Aut quid inter hæc diuersum est, nisi quod hoc casu iniuria fit emptori, illo vẽditori? Dices fortasse vt pro pragmaticis subtilem agas, facilius esse vt conditionis tempora prorogentur, quàm vt restringantur, qu a dies in stipulationibus adici solet pro promissore, non pro stipulatore *l. quod quis* 50. D. *de oblig. & action. l. eum qui Calendis* 41. §. *quoties.* De *verb. oblig. l. cùm tempus* 17. De *regul. iur.* Sed respondeo, hanc rationem pro nostra potiùs facere sententia, quoniam is demùm dies pro promissore & debitore adicitur, qui differendæ tantùm exactionis & solutionis gratia adicitur: quod euenit in omnibus in diem obligationibus, quarũ diem constat non minùs statim cedere, licèt non priùs venisse intelligatur quàm totum illud tempus præterierit, quod in conuentionem deductum fuit, ex quibus protinus confestim agi posset, tanquam ex puris, si non adiectione diei ius illud agendi suspenderetur *l. cedere diem* 213. De *verb signific.* Quæ res facit vt si in diem debitor ante diem soluerit etiam per errorem, non possit repetere, quia verè debitor fuit *l. in diem* 10. D. *de condict. indeb.* At cùm obligatio non in diem concepta fuit, sed sub conditione, conditioni autem insertum est tempus ad limitandam & coangustandam conditionis implendæ facultatem, quemadmodum euenit in ea specie quam nos tractamus, id est promissa per emptorem retrouenditione sub hac conditione, Si venditor intra biennii pecuniam reddet, dico adiectionem diei non pro eo esse qui pecuniam debet, id est pro venditore, sed omnino contra eum pro quo adposita conditio est, id est qui conditionem implere possit, & eam implendo comparare sibi actionem, cùm si dies nulla esset, posset ille quandocumque saltẽ ad triginta vsque annos implere conditionem. Ergo contra venditorem adiectio illa diei est, non contra emptorem, tametsi pecuniam illam quæ conditionis implendæ causa data est venditor debere videatur, non emptor. Quamquam si propriùs & subtiliùs intueare, emptor potiùs quàm venditor in proposito debitor dici debet, vt semper verum sit diei adiectionem esse pro debitore. Est enim debitor retrouenditionis, nimirum sub conditione illa, Si venditor intra biennium pecuniam reddat, siue stipulatio, siue pactum de retrouendendo in ipsa venditione interuenerit. Venditor autem nullomodo debitor est, ne quidem pecuniæ (in quo decipi omnes video quotquot hanc quæstionem tractant) quia vt pecuniam reddat non est positum in obligatione siue pura, siue in diem, siue conditionali, quæ omnes sunt omnium obligationum species, sed in conditione duntaxat, ideóque nullo vnquam tempore, nec vllo vnquam casu fieri potest vt actio competat debitori aduersus venditorem, per quam cogatur venditor rem redimere & pretium restituere si nolit. Nec ad rem pertinet quod si venditor eam pecuniam emptori soluerit, repetere non potest, cuius tamen repetendæ ius videretur saltẽ ei esse debere si pecuniam nullomodo debuisset. Nõ enim repetitionis impediendę ratio illa est, quòd pecunia illa ante solutionẽ aliquomodo deberetur, sed quia licèt omnino esset indebita, non tamen soluta videri potest sine causa quę conditionis implendæ gratia soluta est. Itaque retineri

per emptorem optimo iure potest non obligationis iure, sed expletæ conditionis Et quemamodum dicimus, si legatus sit fundus aut relicta hereditas Titio sub conditione dandorum decem Sempronio, Sempronium ea decem capere non legati, at ne quidem testamenti iure, sed tantùm conditionis impletæ causa *l. si is qui sub conditione 8. D. si quis omiss. caus. testam.* nec ideò tamen repetitio dari Titio debet, qui a iustam habuit causam dandi, quâ uis nullam Sempronius accipiendi, sic dicendum est, pecuniam quam venditor emptori nullomodo debuit, sed quam tamen implendæ conditionis causa pro redemptione omnimodo solui oportuit, si soluta sit repeti nõ posse, nec eò minùs tamen verum esse antequàm soluerentur prorsus indebitam eam fuisse. Ex quo apparet euidentiùs, quàm ineptè faciant pragmatici, qui post Cagnolum huiusmodi prorogationes assimilant dilationibus quæ rescripto Principis debitoribus ad soluendum dantur, de venditore sic tractãtes tanquam de debitore, & contrà de emptore tanquam de creditore: cùm tamen neque debitor vllomodo ille sit, neque hic vllomodo creditor, sed ille potiùs creditor conditionalis cui actio competitura est ad petendam retrouenditionem, dummodò impleta priùs conditione, hic potiùs debitor ex promissione facta de retrouendendo, sed sub ea conditione, Si pecunia precij per venditorem intra constitutum tempus restituetur. Et tamen etiamsi admitteremus rectam esse venditoris & debitoris comparationem hactenus vt venditorem qui ius redimendi haberet, debitorem emptoris dici oporteret, & diei adiectionem in proposita specie pro venditore esse debere potiùs quàm pro emptore: quod falsissimum est, tentari adhuc posset debere Principi perinde licere diem solutioni dictam coarctare, atque differre, cùm vtroque casu perinde faciat aduersus conuentionem, nec grauiùs aut intolerabilius damnum patiatur debitor ex repræsentatione paucorum dierum, quàm creditor ex mora modici temporis. Nam quod dicimus diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore, non aliam rationem habet, quàm quia diei adiectio facit ne possit debitor ante diem conueniri, qui alioquin non inutiliter statim conueniretur. Cæterùm vbi venit dies, nullus supereſt fauor debitoris, nõ magis quàm si obligatio purè concepta esset, ideoque protinus conuenire & vrgeri potest, non quòd ex eo tempore dies pro creditore & stipulatore adiecta videri debeat, vt quidam putant, sed quia sublato per aduentum diei impedimento quod exactionem remorabatur, obligatio remanet pura, incipitque creditor obligatus esse purè non ob adiectam, sed ob præteritam diem. Nihil igitur causæ est cur maior esse debeat potestas Principis in prorogando quàm in repræsentando tempore solutionis, præsertim quando neque nouum illud est vt ex obligationibus in diem conceptis aliquando etiam ante diem agatur non quidem ad solutionem, sed ad præstandam cautionem, scilicet si ex bonæ fidei iudicio debeatur, & iusta sit causa interponendæ cautionis, vt Papinianus scribit in *l. omnibus 41. De iudic.* Nam si id fieri potest per iudicem cuius officium duntaxat imploratum sit, quidni poterit Princeps ex iusta causa iubere repræsentari solutionem, pro modico saltem tempore? Eadẽ igitur ratione dicendum esset, Si liceat Principi tempus conditionis quæ ad redimendum implenda est, pro mensibus aliquot prorogare, æquè ipsi licere debere, vt idem tempus saltem pro aliquot diebus coarctet & abbreuiet in fauorem emptoris. Atqui nemo vnquam opinionem tam improbabilem aut inuexit, aut inuecturus est.

eſt. Neque ergo illi ferendi ſunt, qui prorogandi arbitriũ pro tempore quantumlibet modico Principi permittunt. Quid enim aliud faciunt, niſi vt in Principis poteſtate ſit efficere, vti pro arbitrio venditoris emptor obligetur qui alioquin nullomodo eſſet obligatus? Nam cùm illa conditio ſub qua promittitur retrouenditio, ſit ex earum genere, quas interpretes poteſtatiuas vocant (ſiquidem in venditoris poteſtate eſt, an precium venditionis velit emptori reddere nécne) nec obligetur emptor niſi poſtquàm venditor impleuit conditionem, apparet Princípem cùm tempus conditionis prorogat, hoc ipſo in manu & arbitrio venditoris ponere an emptorem ſibi obligatum velit, poſt illud etiam tempus, quo præterito ſtipulationis conditionalis tota vis ſpéſque alioquin euanuiſſet. Quid verò dici poteſt abſurdius, quàm vt ex vnius voluntate pendeat, an alius obligetur ignorans, adeóque inuitus? Tribue ſupremo Principi quantum voles poteſtatem. Separa plenitudinem poteſtatis abſolutæ à poteſtate ordinaria & bene ordinata. Fac omnia eſſe Cæſaris, nõ imperio duntaxat, ſed etiam dominio. Aſſéqueris ſanè vt rei meæ dominium mihi eripere poſſit etiam ſine cauſa, ſed non item, vt poſſit me obligare, nunc primùm, aut iam liberatum rurſus reuocare in obligationem (quod adhuc difficilius eſt) tanquam ex conuentione ſub ea conditione ſub qua nihil promiſerim: quia præter id quòd ea res implicat contradictionem, pendet etiam ex animi mei ſententia & voluntate, ad quam vſque non poteſt Principis quantumlibet ſupremi poteſtas ſiue iuſta, ſiue iniuſta pertingere. Denique placet digna Principe vox illa Imp. Honorij & Theodoſij in *l. omnium 19. C. de teſtam.* Voluntates hominum, inquiunt illi, audire volumus, non iubere.

ERROR QVARTVS.

De prorogando per tutorem, aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem.

QVI ex pragmaticis putant, reſcripto Principis prorogari poſſe tempus conditionis per venditorem implendæ ad extorquendam retrouenditionem, iidem diſputant, vtrum tutori, aut curatori, aut procuratori alíue adminiſtratori liceat ſimiliter idem illud tempus prorogare. Neque cunctantur quin eodem Cagnolo duce, quem ſuperioris erroris autorem habent ad *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. quæſt.* 34. reſpondendum etiam arbitrentur, prorogationem hanc omnibus iis permiſſam eſſe, qui generalem habent & liberam bonorum adminiſtrationem. Sic enim idem Cagnolus *d. l. 2.* eandem ſibi fingens errandi cauſam in vtraque quæſtione, nimirum quod prorogationem hanc ſimilem eſſe putet dilationi quæ debitoribus ad ſoluendũ datur: quam ſicut ex reſcripto Principis egeno & miſero debitori dandam eſſe non dubitauit, ita & à tutore, curatore, generali procuratore, aliiſque huiuſmodi perſonis indulgeri poſſe contendit: quaſi vrgente vtrobique eadem iuris ratione, quòd vel nullum, vel non niſi modicum damnum ſit in mora modici temporis, ex *l. ſi. debitori 21. D. de iudic.* & *ex notat.* per Bart. in *l. qui Romæ 122. §. Callimachus. De verb. oblig.* In quo tamen obſeruandum eſt eo demùm caſu ſic ſentire Cagnolũ quo huiuſmodi prorogatio facta ſit ante finitum tempus, quod fuerat in conuentionẽ deductum. Alioqui iam finito

eo fatentur omnes non posse locum esse prorogationi, siue quia tẽpus quod nullum supereſt prorogari nequeat, vt Tiraquellus disputat *De retract. conuent.* §. 1. *glos.* 7. in verb. *seront preferés. num.* 24. Siue quòd ea prorogatio post tempus iam elapsum facta, species quædam esset alienationis rei iam irreuocabiliter acquisitæ, quemadmodum idem Tiraq. ratiocinatur ad finem *dict. tit. De retract. conuent num.* 17. Is namque constans & perpetuus pragmaticorum error est, quòd existimát rem venditam sub pacto de retrouendendo, non videri alienatam irreuocabiliter à venditore, nec proinde irreuocabiliter acquisitam ab emptore, quandiu tempora largiuntur vt peti retrouenditio possit. Itaque necesse est vt se victos agnoscant, statim atque probatum est à nobis pactum de retrouendendo nihil obstare, quominùs dominij acquisitio irreuocabiliter facta esse videatur. Omnes siquidem admittunt non licere tutori aut curatori, vt neque procuratori liberam administrationem non habenti, vt rem domini præsertim pupilli aut minoris, & immobilé alienet sine decreto. Atqui nihil, meo iudicio, dici potest apertius, quàm quod in superioribus tam sæpe inculcauimus, & ni fallimur, probauimus, Pacti de retrouendẽdo non eam vim esse, vt vel impediat alienationem, vel faciat reuocabilem, sed tantùm vt obliget emptorem ad retrouendendum sub ea conditione, Si intra præscripta tempora pretium à venditore restituetur. Cuius obligationis conditionalis effectus ille est, vt si impleta sit cõditio, adigendus sit emptor ad faciendam retrouenditionem, nisi malit præstare quanti ea causa potest interesse venditoris, sin defecta sit conditio, nulla vnquam promissio facta esse intelligatur, maneátque res emptori purè & irreuocabiliter acquisita, nõ propter defectam conditionem, sed propter perfectam impletámque venditionem. Nullo igitur casu permittendũ est istis personis de quibus tractamus, vt prorogent tempus insertum conditioni pacti de retrouendendo. Nec magis antequàm finitum sit tempus illud, quàm si iam finitum esset, si hoc vnum inspiciendum est quod pragmatici inspici volunt, an rei dominium sit irreuocabiliter acquisitum. Quod si verum est prorogationem hanc temporis in retrouendendi pacto expressi, meram continere alienationem si post præteritum tempus fiat, consequens est vt æquè contineat illa quæ fit ante id tempus finitum. Qua ratione non insubtiliter mouetur Tiraquellus vbi supr. *num.* 18. vt contra Cagnolum sentiat, nec patiatur similem constitui rationem prorogationis, quæ duntaxat differat tempus solutionis, & istius de qua disputamus, *per quam*, inquit, *immobilia alienantur*. Nam in simplici prorogatione temporis soluendi multò facilius admitti illud potest, vt tempus prorogare tutor possit, quòd adferat modicum præiudicii, quia quod differtur non auffertur. §. *libertas. Institut. de singul. reb. per fideic. relict.* At proprietatis & dominii alienatio non potest nõ magni esse præiudicii, si quid aliud in hominum commercio tale est. Neque tamen admittere Tiraq. potest, quod pro certo Cagnolus ponit vsque adeò tribuendũ esse autoritati tutoris vel curatoris, vel procuratoris generalis, vt tempus solutioni dictũ prorogare possint. Etsi enim ita sensisse videtur Bar. ad *d.* §. *Callimachus*, distinguens procuratorem, qui ad vniuersalem solutionem deputatus est ab eo qui ad vnicam duntaxat, contraria tamen sententia magis cõmuniter recepta est, quæ & probatur ex *d.* §. *Callimachus*, eóque iure nos vti testatur Carolus Molin. in *Consuet. Paris. titul.* 1. §. 27. *quæst.* 2. *numer.* 4. Et rectè. Nam quemadmodũ plus soluere intelligitur, qui ante diem soluit

l. Iant.

l. Iauolenus 15. *alias l. eum qui de annuis legat.* ita & minùs qui ſoluit poſt diē, vnde illud induci neceſſe fuit, vt ex eo die ſi quid interlit ſtipulatoris totum id à promiſſore præſtari debeat, itémque fructus, & vſuræ *l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudic. l. ſi fundum certo die* 114. *D. verb. obligat.* non tanquam ex mora, vt vulgò creditur, (cuius ſcilicet nullam in ſtricti iuris iudicio rationem haberi oporteret) ſed tanquam ex principali obligatione, cuius pars quędam dies eſt, non aliam ob cauſam adiecta quàm vt intelligeret promiſſor futurum vt non aliter ſatisfacere poſſet conuentioni, quàm ſi ſatisfaceret intra præſcriptam diem. Itaque non poteſt concedi dilatio illa ad ſoluendum in longiorem diem, quin diminutio quædam debiti fiat, quantulumcunque tempus illud ſit in quod ſolutio differatur. Atqui nihil omnino ne tantillum quidē ex bonis pupilli diminuere tutor poteſt, aut ex adulti bonis curator: quia domini loco non habentur niſi quantum neceſſe eſt ad tuendum conſeruandúmque patrimonium non ad diminuendum, *l. qui fundum* 7. *§. ſitutor. D. pro emptor.* Non ergo permittendum iis eſt, qui alieni patrimonij diminuendi ius non habent, vt huiuſmodi dilationem concedant. Ergo nec principi, ſaltem de poteſtate, vt loquuntur, ordinaria, & ordinata. Qua ratione magis moueor, vt verum eſſe putem, quod in ſuperioribus diſputaui, non alio caſu admittenda eſſe principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata, quàm quo nolit creditor annales, aut quinquennales ad ſummum inducias indulgere debitori, quem Princeps ex reſcripto ad miſerabilem bonorum ceſſionem faciēdam admiſerit, *l. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* atque ita eſſe interpretandum, quod de huiuſmodi reſcriptis proditum eſt in *l. vniuerſa* 4. *C. de precib. Imper. offer.* Quòd ſi in ea quoque dilatione & prorogatione quæ ad ſolutionem tantùm pertinet, falſa eſt ſententia Cagnoli & aliorum exiſtimantium poſſe eam fieri per tutorem, aut curatorem, aut Principem, quantò magis falſa erit, ex qua parte volunt redimendi tempora per has perſonas poſſe prorogari? Quamquam non placet mihi ratio illa Tiraquelli, negantis valere huiuſmodi prorogationem, quæ à tutore vel curatore facta ſit, propterea quod contineat alienationem. Nam ſi pactum ipſum de retrouendendo, alienatio non eſt, multò minùs alienare videri debet is, qui redimendi tempus prorogat, ſiue antequàm finitum ſit, ſiue poſteà. Quid igitur? Alienandi cauſam duntaxat præbet qui ſe obligat ad retrouendendum, quoniam ita facit vt ex obligatione quæ tum demum ſub conditione poteſtatiua contrahitur, cogi poſſit ad rem retrouendendam, & retrotradendam venditori intra præſcriptum tempus ſiue ab initio conſtitutum ſiue ex poſtfacto prorogatum conditionem adimplenti, precíque reſtitutionem offerenti, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris. hanc enim electionem emptori dandam eſſe iam ſæpiùs diximus. Ex quo apparet, per pactum de retrouendendo, & conſequenter per prorogationem temporis ad redimendum dati, non ſolùm alienationem nullam fieri, ſed neque alienandi cauſam præcisè præberi, ſed alternatiuè tantùm. Quod ſi ita eſt, nō poteſt ea ratio impedire prorogationē quā tutor vel curator fecerit, quòd neq; tutori liceat alienare prædiū pupillare, neq; curatori prædiū minoris. Non enim prohibētur hæ perſonæ pupillū aut adultū obligare, licèt ea obligatio causā alienationis præbere aliquādo poſſit. Tū verò, quid ſi nō de prædio agat, ſed de re mobili, cuius alienatio neq; tutori interdicta ſit, neq; curatori?

An eò magis admittemus valere factam ab iis prorogationé temporis intra quod venditor redimere debuerat ? Minimè verò : vt ego quidem existimo. Illa igitur ratio & generalior & accõmodatior à Tiraquello adferri debuit, quòd huiusmodi prorogatio fieri nunquam possit quin obligationis conditio immutetur, ac proinde quin obligatio noua contrahatur, cùm venditore intra priora tempora non offerente prior illa promissio euanescat ob defectam conditionem, atque ita euenire necesse sit, vt prorogetur id quod non est, si non nisi prorogationis iure hæc conuentio censeatur. Vnde illud etiam fieri consequens est, vt non alius prorogare possit, quàm qui ipse primũ se sub ea conditione obligauit, aut qui emptoré emptorisve heredem sub eadem conditionis specie obligare nunc primùm posset. Hoc ego contendo, non esse difficilius, vt ré à pupilli patre emptá sine onere retrouendendi, tutor pupilli nomine promittat retrouendere sub ea conditione, si intra certũ tẽpus pecunia à venditore restituetur, quàm vt tempus quod pater constituerat, & posuerat in conditione & promissione retrouendit onis faciendæ, proroget venditori. Itaque cùm quærimus, an tutor pro pupillo possit prorogare tẽpus redimendi, non de illo disputamus, an ré pupilli siue mobilé siue immobilem alienare possit, sed, an pupillũ obligare sub conditione, quæ in stipulatoris potestate futura sit, vt rẽ suam venditorem, inquá, quæ à patre pupilli empta fuerit sine vllo pacto de retrouendendo. Etsi enim ponimus eiusmodi pactũ in emptione per patré facta interuenisse, non tamen maiorem illius rationé habere possumus quod attinet ad prorogandi licentiá tutori indulgendá, quàm si nullũ inter uenisset, cùm prorogatio facere non possit vt eo minùs euanescat conditionalis illa stipulatio quæ cum pupilli patre interposita fuerat, quia non primam conditionem extendit (quod per pactum non magis fieri potest quàm vt longius tempus in breuiore contineatur) sed nouam inducit, & per consequentias nouam obligationem conditionalem, cum obligationis conditionalis substantia, si qua est, & vt ita dicam identitas, tota ex conditione æstimetur. Iisdem ergo distinctionibus expedienda res est, quibus vtendum esset si quæreretur an tutori pupillum obligare liceat : nimirum valere obligationem, dicendum est, si pupillo vtilis proponatur, qui fortasse ob eam causam maius quidpiam aliud fuerit consecutus, si minùs, non valere. Solemus enim ex pupilli vtilitate æstimare omnia quæ in re pupilli tutor gesserit. Quæ tamen distinctio nõ similiter cadere potest in eam prorogationem, quam Princeps venditori liberaliter indulserit, nescio vel inuito emptore. Nunquam enim in Principis potestate est vt subditum suum ignorãtem aut inuitum obliget, saltem quasi ex conuentione, ne quidem de plenitudine potestatis, quia non sicut tutor pupilli personam repræsentat, ita & Princeps subditi sui, vt eadem cum ipso persona esse existimetur : prorsúsque implicat contradictionem vt redimendi ius tanquam ex conuentione & contractu competat intra tempus prorogatum aduersus eum qui neque ipse prorogauit neque prorogationi à Principe factæ vnquam consensit. Quod si conuentionale non est, quæro à pragmaticis, an municipale dicendum erit, an principale, aut quo alio nouo nomine donandum? Respondebunt omnes, esse conuentionale. Sed qua ratione possit dici conuentionale, quod ex mera Principis voluntate non solùm citra, sed etiam contra expressam conuentionem inducitur : numquam certè explicabunt. Vellem vt saltem erubescerent, cùm obmutescunt. Quod de

tutore

Digitized by Google

tutore diximus,non ſimiliter de curatore dici poteſt. Cùm enim curator etiam generalis non perſonæ detur, ſed rebus, indeque fiat vt curator nunquam adulti perſonam repræſentet ſi eum excipias qui furioſo aut prodigo datur (hic enim datur etiam perſonæ)numquam permittimus curatori vt minorem obliget ignorantem aut inuitum, ne tum quidem cùm obligatio illa minori vtilis eſſe poteſt,ſed tantùm vt minori ſeipſum obliganti autoritatem præſtet. Plus iuris habet procurator generalis. Hic enim in iis omnibus de quibus mandatum habet,domini vice fungitur eiúſque perſonam repræſentat,vt quicquid à procuratore fit,ab ipſo domino, qui mandatum dedit factum eſſe videatur. Quare nec de eo quiſquam dubitat quin huic procuratori liceat dominum obligare, bona ipſius alienare, denique patrimonium eius diminuere,præſertim ſi ex mandato pleniſſimam & liberam habeat bonorum domini adminiſtrationem.Solent enim noſtri diſtinguere an procurator quis conſtitutus ſit cum libera,vt loquuntur, an ſimpliciter.De qua tamen diſtinctione alio loco fuſiùs tractandum nobis erit. Illud hîc monuiſſe ſufficiet, quoties de procuratore, ſiue generali,ſiue ſpeciali tractatur,id vnum inſpici debere, quid mandato expreſſim contineatur, quid etiam tacitè & veriſimiliter contineri, aut non contineri videatur.Apparet autem ex ſuperioribus non ſemper verum eſſe quod dicimus, tutori permittendum non eſſe vt proroget venditori tempus redimědi,ſed eo duntaxat caſu quo prorogatio illa fieri non poſſit,quin noua obligatio conditionalis ſub noua conditione contrahatur. Quid enim ſi contractus emptionis à pupilli patre initus fuit ſimulatus & pignoratitius? Finge cum pacto de retrouendendo interueniſſe immodicam læſionem in pretio,ac præterea, ne quid deſit ex iis quæ interpretes & pragmatici requirunt,conſuetudinem fœnerandi. Placet omnibus non tam emptionem quàm ſimulatè ſub emptionis nomine pignus fœnúſque improbum contractum eſſe: vt ſcripſimus in *Error. 9. Decad. 9.* qui conſequenter admittunt,quod & veriſſimum eſt,luendi pignoris ius perpetuum hoc caſu vẽditori ſupereſſe haud ſecus acſi pignus aperta,expreſſaque conuentione contractum fuiſſet. Ne alioqui profit callido fœneratori, quòd ſubdolè ac ſimulatè contraxerit in fraudem legitimarum vſurarum. Neque enim lapſus temporis intra quod retrouenditio peti ex pacto potuit, efficere vnquam poteſt vt dominium rei venditæ quæ re vera obligata tantùm eſt, tranſeat in emptorem ſi non ipſo venditionis & traditionis inſtanti transferri potuerit, quia vt in præcedentibus docuimus,nihil aliud adfert lapſus temporis præter defectum conditionis ſub qua emptor ſe obligauerat de retrouendendo, vt euaneſcat, non tam obligatio ipſa conditionalis,quæ poſt defectam conditionem nulla vnquam fuiſſe intelligitur,quàm ſtipulatio aut pactum cui conditio illa inſerta fuit. Denique pignus quod ab initio re vera pignus fuit, ſemper pignus manet,nec poteſt euadere in emptionem,tametſi millies ponas defeciſſe conditionem promiſſæ retrouenditionis,quoniam abſurdum eſſet & contradictorium,pignus in emptionem conuerti ſola poteſtate conuentionis,per quam ex contrario appareat id egiſſe contrahentes vt pignus non emptio contraheretur: Et quemamodum tota emptio eo caſu ſimulata eſt, ita in neceſſariam conſequentiam pactum de retrouendendo ſimulatum eſſe neceſſe eſt,cùm ſit pars conuentionis ſimulatæ:neque verò vlla conuentione fieri poteſt vt non liceat creditori poſt hoc aut illud tempus luere

pignus quandiu pignus manet, ſolúmque remedium illud ſupereſt creditori qui ſe emptorem dixit, ſi luendi ius debitori volet eripere, vt vel pignus diſtrahat ſiue iure creditoris, ſiue ex perſona debitoris ſub haſta publica, vel dominij ius impetret ex Iuſtiniani cõſtitutione in *l. vlt. C. de iur. domin. impet.* Proinde ſi emptor hic falſus & ſimulatus deceſſerit relicto herede pupillo, cuius tutor (ſiue ante ſiue poſt finita tempora intra quæ redemptio fieri ex pacto debuiſſet ſi vera emptio fuiſſet) prorogauerit venditori eidémque vero debitori tempus redemptionis, quidni valebit prorogatio, cùm & citra prorogationem debitor ille non ſolùm redimendi, ſed quod amplius eſt, luendi pignoris ius perpetuum habiturus fuiſſet? Nam ius redimendi ſupponit tranſlationem dominij factam ex cauſa præcedentis veræ emptionis, ius verò luendi demonſtrat retentam eſſe proprietatem. Itaque nihil eſt quod talem prorogationem inutilem facere poſſit, niſi hoc ipſum, quòd cùm nõ eſſet neceſſaria, effectum nullum habere poteſt, nec quicquam addere ei iuri quod haberet falſus venditor idémque vetus debitor, etiamſi prorogatio nulla facta eſſet. Nec ad rem pertinet quòd pupillus ſit is, qui falſo emptori ſucceſſit. Tritum enim eſt ex perſona heredis non immutari conditionem obligationis *l. 2. §. ex his* D. *de verb. obligat.* neque eo minùs fundum intelligi pignoratum quod fœneratori qui pignus acceperat, pupillus heres extiterit. Quare & eum fundum vendere etiam ſine decreto tutor poteſt ſi velit, & pupillo ita expedire arbitretur, quandiu pupilli nomine ius dominij impetratum non eſt, quia non pupillaris fundus eſt ſed alienus qui tantùm pigneratus eſt, *l. magis puto 5. § ſi fundus pupillo. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed etſi ponas, emptionem factam ſub pacto de retrouendendo accedente immodica læſione non vſque adeò ſimulatam eſſe, vt nudi pignoris iure cenſeri debeat, ſed tamen tantam læſionem interueniſſe, vt conditio pacti de retrouendendo, quæ ex conuentione temporalis fuit, perpetua videri poſſit (quomodo perpetua eſſe creditur quoties læſio in precio excedit beſſem, idque ſacroſancti Senatus noſtri decretis innumeris comprobatum eſt) quis neget debere tutori licere, vt non ſolùm ante præteritum tempus intra quod redimi res potuit, ſed etiam poſt id elapſum & finitum, proroget venditori facultatem redimendi? Eadem enim hoc caſu ratio obtinet, quæ & in ſuperiore à nobis vſurpata eſt, quòd etiam citra prorogationem ius illud redimendi tanquam perpetuum competeret venditori, adeóque imputarentur emptori eiúſque heredi licèt impuberi fructus quos ille ex re empta percepiſſet, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, in eo ſaltem quòd quincuncium vſuratum modum excederent. Nam ſi ex interpretum & pragmaticorum ſententia ius illud venditori ſemel quæſitum fuit vt nil obſtante limitata conditione pacti de retrouendẽdo emptorem quandocunque vrgere poſſet ad retrouendendum, ſaltem in annum vſque trigeſimum, atque adeo ad fructus omnes ſuperfluos aut reſtituendos, aut quod effectu idem eſt in precij reſtituendi cauſam imputandos. Cur dicamus alio iure emptorem cenſeri debere, alio heredem emptoris impuberem? Aut deteriorem fieri conditionem venditoris ex ſuperueniente perſona pupilli cum quo nihil contraxerit? Nec proinde dubitandum puto, quin tutori liceat ſi velit rem ita venditam quamuis immobilem retro vendere ſine decreto, etiam poſt elapſa tempora quæ per conuentionem præſtituta

fuerant

fuerant petendæ retrouenditioni. Est enim casus hic ex eorum numero in quibus decreto nullo opus est ad alienandum prædium pupillare *l.1.C. quand. decret opus non est.* Nam quid, obsecro, interest, an tempus quod conuentione præstitutum fuerat nondum præterierit, an verò ita præterierit, vt non eo minùs redimendi facultas supersit ex iuris potestate? Aut quænam iniuria fit pupillo, quidve ipsius interest, si tutor nomine pupilli retrouendat rem, quam vt retrouenderet inuitus cogi potuit, siue ex conuentione, nondum scilicet transacto tempore intra quod retrouenditio fieri debuit, siue ex lege, quæ conditionem temporalem in perpetuum tempus extendat? Finge ex pupilli vtilitate negotium transactum esse tutorémque cùm videret in eo esse ré, vt si iudicio experiendũ esset, condemnari pupillũ oporteret non solùm ad retrouenditioné faciendam, sed etiã ad fructus iã perceptos ac fortassis malè consumptos aut restituendos, aut in sorté imputandos saltẽ pro ea quantitate quæ vsurarum quincuncium modum excederet, sic trãsegisse cum venditore vt integro precio recepto fundum retrouenderet, cur non boni consulere pupillus debeat quod bona fide tutor gesserit? Aut cur ei permittatur vt impugnet retrouenditionẽ illam quasi contra leges factã, ob id solùm quòd sine decreto facta sit, quam tamen si tunc à tutore facta non esset, nunc saltem à minore etiam inuito fieri oporteret, & quidem cum dãno & restitutione fructuum, quos ex pacto & transactione tutoris saluos habeat? An eo iure quod in pupillorum minorúmque omnium fauorem & vtilitatẽ constitutum est, in ipsorum necẽ abutemur? Dices fortasse, vel eo saltem nomine decretũ esse necessarium & causæ cognitionẽ vt sciatur an emptionis contractus verus sit, an simulatus & fœneratitius. Ego verò hoc nego. Decretum enim illud quod Seueri oratio exigit in alienatione rerum minoris, eã duntaxat causam habet ne bona minoris immobilia quæ ipsi salua conseruari quàm maximè interest, sine causa alienentur, eáque prorsus necessaria, id est ad alienum æs exsoluendũ. Cui consequens est, vt si fundus non sit minoris, sed in dominio alterius licèt minori obligatus, decretum nullũ necessarium sit, quia nec quicquã est quod impediat, vel remoretur retrouenditionẽ, quæ cùm sit rei alienæ, nullam prorsus alienationẽ inducit. Fateor nõ posse sine causæ cognitione discerni, an emptio fuerit an pignus, & an simulatio aliqua interuenerit necne. Sed eam cognitionem dico posse quandocunque adhiberi, id est longo etiam post factam retrouenditionẽ interuallo, quia necesse non est præcedat, cùm non ob eam causam fiat vt retrouenditio valeat, sed vt ex postfacto appareat iam ab initio valuisse. Non enim quod post decennium pronunciatur contractum esse pignoratitium, facit eum talem ex die tantùm sententiæ, sed qualis iam inde ab initio fuerit declarat: sicut generaliter in sententiis omnibus vsuenit, vt non ius nouum tribuant, sed id quod iam est demonstrent & probent. Denique sufficit id à tutore factum esse, quod si factum non esset nunc à minore ipso vel inuito fieri oporteret, sicque rem gestam esse, vt ex tutoris facto plus lucri pupillus senserit, quàm ex suo proprio sperare ex iuris ratione debuisset. Hoc enim casu, etiam cum ipso pupillo contractum videtur *l. apud Iulianum 3. §. contractum. in fin. D. quib. ex caus. in pos. eat.*

ERROR QVINTVS.

De in integrum restitutione pupillo vel minori concedenda aduersus lapsum temporis conuentionalis.

CVM is qui rem vendiderat ea lege, vt si intra biennium restitueret pretium emptori, vicissim emptor eam rem retrouenderе cogeretur, decessit ante finitum biennium relicto herede impubere aut minore, euenit plerumque vt redimendi tẽpus elabatur, siue ignoratione pacti à defuncto interpositi, siue vicio ętatis quæ rebus suis commodè & diligenter prospicere non satis potest. Inde verò emergit quæstio ab interpretibus & pragmaticis frequentissimè tractata, an pupillo vel minori concedenda sit in integrum restitutio aduersus lapsum tẽporis, siue ex capite edicti, de minoribus, siue ex generali clausula edicti, si qua mihi iusta causa esse videbitur, vt perinde admittendus sit pupillus aut minor ad petendam retrouenditionem, acsi tempus illud quod conuentione præscriptum fuerat, nondum elapsum esset. Quæ quæstio à Iulio Paulo Iureconsulto primùm tractata est, licèt in specie non prorsus simili in *l. Aemilius Larianus* 38. *D de minor.* Aemilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniæ, ita vt si intra duos menses ab emptione reliqui pretij partem dimidiam nõ soluisset, fundus inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses Lariano defuncto, Rutiliana pupillaris ætatis successerat, cuius tutores in solutione cessauerant. Venditor denunciationibus tutoribus sæpe datis post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum restitui desiderabat. Victa tam apud Prætorem quàm apud Præfectum vrbi prouocauerat. *Putabam*, inquit Paulus, *bene iudicatum quòd pater eius, non ipsa contraxerat.* Neque tamen diffitetur aliter visum esse Imperatori, ea potissimùm ratione, *quòd dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eáque res fecisset ne pareretur legi vẽditionis.* Sed rationem hãc subinde impugnat Paulus iis verbis, *non me moueri, quòd dies posteà transisset, non magis quàm si creditor pignus distraxisset pòst mortẽ debitoris die solutionis finita.* Quare nec dubitant interpretes in hoc opinionum conflictu quin Pauli sententia verior sit, & iuris rationi magis consentanea, quod ad thesim illam attinet, an pupillo succurrendum sit per in integrum restitutionem aduersus lapsum temporis conuentionalis, licèt in ea hypothesi sententiam Imperatoris ipse quoque Paulus ferè probet, sed alia ratione quàm qua mouebatur Imperator. *Dicebam*, inquit, *posse magis ea ratione restitui eam, quòd venditor denuntiando post diem quo placuerat esse commissum, & pretium petẽdo recessisse à lege sua videretur.* Sed & alias rationes duas subiungit, quæ Imperatorem in eam mouerunt sententiam, vt pronuntiaret pupillam in integrum restituendam, quarum prior hæc fuit, quòd lex commissoria ei displicebat. Altera illa, *quòd priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.* Ex quibus rationibus apparet extra illum casum, id est, si neque de lege commissoria tractatum esset, neque tutores suspecti pronuntiati fuissent, aliud sanè decreturum fuisse Imperatorem, & restitutionem in integrum pupillæ dene-

denegaturum. Sed tamen interpretes & pragmatici ferè omnes, duce Bartolo, id ita intelligunt, vt cùm reſtituenda non fuerit pupilla tanquam minor & ſolo fauore ætatis ex edicto De minoribus, reſtitui tamen debuerit ex generali illa clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, de qua in *l.1. D. ex quib.cauſ. maior.* ac proinde tanquam maior, & propter iuſtam illam ignorantiam quam obtendere probabiliter poteſt, quiſquis in alterius locum & ius ſuccedit *vulg.l.qui in alterius 49. De regul.iur.l.vlt. D.proſuo*, maximè verò pupillus, cuius ætas, illa etiam omnia, quæ videt ignorat, vt ait *l.vnic. C.de falſ. monet.* Eáque ſententia vſque adeò in tribunalibus omnibus recepta eſt, vt non deſint qui ſcribant eam eſſe canoniſatam, admirantes ſubtilitatem Bartoli, cui primùm in mentem venerit vt induceret tam probabilem & æquam diſtinctionem. Contra quam tamen inuenio reſponſum & diſputatum fuiſſe per Franciſcum Curtium ſeniorem *conſ. 58.* aliàs 59. incip. *Chriſti.* Tam copiosè & ſubtiliter ſanè, vt ad eas rationes quas adducit, non putem fieri poſſe vt quiſquam pro Bartolo bene reſpondeat. Illa autem potiſſima eſt, qua & Paulus mouetur in *d. l. AEmilius* quòd nihil cauſæ ſit cur pupillo ſuccurri debeat in ea re de qua pater eius non ipſe contraxerit. Quid enim abſurdius aut iniquius dici poteſt quàm vt is qui cum pupillo nullum geſſit negotium, cogatur expectare pupilli pubertatem? quemadmodũ ex Marcello Vlp. ſcribit in *l.apud Iulianum 3. D. ex quib.ex cauſ.in poſſ. eat.* vbi per hác ratione em infert ille in hæc verba, *ideóque cùm ex perſona patris cõtractus deſcendat, dicendum erit nõ eſſe expectandam pupilli pubertatem.* Quoties enim pupillus aut minor in integrum reſtitui vult ob ætatem, neceſſe eſt vt probet ſe læſum, nec ſufficit probari ætatem *l.nam poſteaquã 9.§. ſi minor. D. de iureiur.l.quòd ſi minor 24.§.non ſemper. D.de minor.* Fieri autem non poteſt vt propter lubricum ætatis minor læſus ſit, ſi nihil ipſe contraxerit, ſed pater eius, tametſi patris heres ipſe proponatur. Qua de cauſa ſic concepta ſunt verba edicti *De minoribus. Quod cum minore quàm 25.annis natu geſtũ eſſe dicetur, vti quaque res erit, animadvertam.l.1.§.1.l.ait Prætor 7.eod.* vt intelligamus ſi nihil omnino geſtum ſit cum minore, ſiue pupillus, ſiue adultus ille ſit, (neque enim Prætor diſtinguit) nullam ſubeſſe cauſam indulgendæ reſtitutionis. Nimirum ſi, quomodo in propoſita ſpecie, contractus cum defuncto initus ſic perfectus fuit & impletus eo adhuc viuo vt nihil omnino ſuperfuerit, gerendum cum pupillo. Fatéor nõ inuitus, ſi is contractus fuit cuius implendi gratia pupillum aliúmve minorem maiori, qui cõtraxerat ſuccedentem aliquid facere neceſſe ſit, poſſe pupillum, & minorem quemlibet in integrum reſtitui ſi damnum ſenſerit ob non factum id quod facere debuit: quaſi hoc ipſo aliquid facere videatur, & quidem id quod non debet, quod ea non faciat, quæ facere deberet. Sed ſi in maioti perſona contractus omnino impletus fuit, nego ſuccurrendum eſſe minori contra lapſum temporis ob hoc ſolùm, quòd tempus elabi paſſus ſit, ex eóque damnum ſenſerit. Quæ fuit Baldi ſententia & diſtinctio ad *d. l. AEmilius. & ad l.2.C.ſi.aduerſ.vendit.pignor.* Diſtinguit enim, an damnum illud emergat pupillo ex ſolo lapſu temporis, vt eo caſu poſſit reſtitui aduerſus præſcriptionem quam vocat conuentionalem, licèt cœperit in perſona maioris, an verò damnum pupillus ſentiat ex contractu inito cum maiore, licèt ob lapſum temporis in conuentione adhibiti, vt nulla tunc ſubſit cauſa concedendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis aduerſus lapſum temporis, non magis quàm

aduerſus cõtractũ ipſũ, cuius pars quędá tempus eſt, quia nõ poteſt hoc caſu pupillus conqueri de lapſu tẽporis, quin de contractu ipſo conqueratur. De quo tamen conquerendi ius nullum habere poteſt, cùm non ipſe, ſed maior contraxerit. Quanquam idem Baldus ſubdiſtinguit, an quod intra conuentum tempus factum non fuit, tenderet ad obſeruantiam & approbationem contractus à maiore initi, an verò ad eius deſtructionem & reſolutionem, aut vt loquuntur, annullationem. Poſteriore hoc caſu admittit in integrum reſtitui poſſe minorem, veluti, inquit, ſi ob non ſolutum canonem annuum heres emphyteutæ pupillus aut minor à ſuo iure cecidiſſe dicatur, quoniam licèt ius domini directi ex eo contractu totum pendeat, qui fuit geſtus cum emphyteuta maiore, nec aliud interuenire neceſſe ſit ex parte pupilli, quàm vt non fecerit, quod intra præſtitutum tempus facere debuit, tamen ceſſatio illa in ſolutione canonis annui eò pertinet, vt contractus emphyteuticarius reſoluatur, & pro non facto habeatur. Priore verò caſu non dubitat Baldus, quin omnino deneganda ſit minori reſtitutio, quia ex lapſu temporis non alius effectus inducitur, quàm confirmatio cõtractus, qui non ſolùm à maiore factus fuit, ſed etiam in maioris perſona impletus & perfectus. Itaque licèt lapſus temporis, ex quo effectus ille inducitur, incidat in tempus pupillaris aut minoris ætatis, nihil tamen ea res pupillo prodeſt, quia nihil noui ex eo inducitur, ſed contractus duntaxat iam alioqui perfectus, viuo maiore, cui pupillus ſucceſſit, tantò magis confirmatur. Eiuſmodi verò eſt contractus ille de quo diſputamus, cùm inter maiores facta venditio eſt ſub hac lege, vt ſi intra biennium venditor emptori pecuniam reſtituet, emptor viciſſim retrouendere teneatur. Nam, vt in ſuperioribus tam ſæpe à nobis diſputatum eſt, venditio hæc perinde abſoluta & perfecta eſt, etiam priuſquàm biennium præterierit, acſi pactum de retrouendendo nullum ſubiectum eſſet: & æquè dominium transfertur in emptorem ſecuta traditione, adeoque irreuocabiliter, quanuis non inalienabiliter. Nec ad aliud prodeſt pactum additum de retrouendendo niſi ad inducendam obligationem retrouendendi ſub conditione ſi venditionis precium reſtituetur. Et conſequenter ex lapſu biennij nullum acquiritur ius emptori, vt eò magis aut irreuocabiliùs fiat dominus poſt biennium, qui iam ante biennium vero ac pleno iure dominus fuit, nec rurſus vt liberetur ab obligatione conditionali, quæ quandiu conditio pependit, nulla fuit, defecta verò conditione prorſus euanuit. Sed tantùm vt deſinat poſſe vnquam ne ſub conditione quidem obligari ex ea cauſa, acſi nullum de retrouendendo pactum, nulla ſtipulatio vnquam interueniſſet. Venditor autem vel pupillus qui in venditoris iura ſucceſſerit, non aliud amittit ex lapſu vllo temporis, niſi ſpem illam obligationis perſonalis quam in eum vſque diem habere potuerat ex pacto vel ſtipulatione conditionali ad extorquendá ab inuito emptore retrouenditionẽ, aut quanti ob eam cauſam ſua intereſſet. Cuius tamen ſpei ne ratio vlla hæberi poſſit, illud facit, quòd defecta tandẽ pacti conditione propter lapſum tẽporis in conditione poſiti, ſicuti nullũ pactũ nullúq; promiſſio retrouendẽdi vnquã præceſſiſſe intellgitur, ita neque ſpes vlla ex eo pacto vnquam competiſſe videri poteſt, non magis quã ex eo pacto quod nunquam fuiſſet, quia actus conditionalis licèt pendẽte conditione non omnino nullus ſit propter ſpẽ extituræ quãdoq; cõditionis, tamẽ defecta quandocũq; cõditione nõ tã nullus, quã

prorſus nihil eſt, & tale quid quod ſemper nihil fuit. Itaque ſi pupillo, & minori ex hac cauſa prætor per in integrum reſtitutionem ſuccurreret, vt etiam poſt lapſa conditionis implendæ tempora eum admitteret ad conditionem implendam, petendamque retrouenditionem, faceret reſtitutio vt non ſolùm plus iuris haberet pupillus aut minor quàm anteà habuiſſet, ſed etiam vt aliquid iuris nunc haberet ille, qui nihil prorſus anteà habuiſſe videri poſſet. Plus enim iuris habet qui intra triennium poteſt implere conditionem, quàm qui intra biennium, nec præterito biennio dici poteſt ius aliquod vnquam habuiſſe ex actu conditionali eum qui intra biennũ implere quidem potuit conditionem, ſed non impleuit. Atqui abhorret hoc à natura reſtitutionis in integrum vt plus iuris tribuat ei qui in integrum reſtituitur quàm habuerit anteà. Satis enim eſt vt tribuat tantundem, nec plus nec minùs vt omnia in integrum, id eſt in priſtinum ſtatum reſtituãtur. Ergo quemadmodũ prætor facere non poteſt, vt biennium quod effluxit, nõ effluxerit, aut vt in biẽnio triennium cõtineatur. Itaque neque aduerſus lapſum biennij concedere reſtitutionem ad hoc, vt conditio quæ intra biennium impleri debuit, ad triennũ vſque impleri poſſit. Præſertim cùm vel minima in tẽpore conditionis mutatio cõditionem mutet, aliãmq; faciat quã ſub qua emptor promiſerat retrouẽditionẽ. Proinde prętor ſi huiuſmodi reſtitutionẽ indulgeret, nõ ſolũ nouã cõditionem induceret, ſed etiã nouã obligationẽ, & quæ nunquã fuiſſet, quod ſanè nõ magis facere poteſt quã Princeps, de cuius in hac rẽ poteſtate tã fusè à nobis ſuprà diſputatum eſt. Prætor enim cùm aduerſus extinctã obligationẽ in integrũ reſtituit, id tantũ agit vt veteré obligationẽ reſtituat, & cõſequenter ſub iiſdẽ qualitatibus & cõditionibus, non etiam vt noua inducat. Dices, ſecundum hanc rationẽ ſi rectè eſſet, dicendũ fore, nũquã prætoré poſſe minori dare reſtitutionẽ in integrũ aduerſus lapſum tẽporis, ne quidẽ legalis, quia nõ magis in legali quã in cõuentionali biẽnio triẽnium cõtineri poteſt. Et tamẽ nemo dubitat quin aduerſus legalẽ tẽporis præſcriptionem reſtitutio minori danda ſit à prætore *l ſicut 3. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr non eſt neceſſ.* Reſpondeo multum differre hac parte tẽpus quod à lege præſcribitur, ab eo quod ex cõtrahentiũ voluntate expreſſãque cõuentione: quia lex nihil niſi quantitatẽ temporis intuetur, nõ hanc aut illã præcisè diẽ à qua incipere præſcriptionẽ velit, aut qua finiri. Exempli cauſa ſi de annali aut biennali præſcriptione quæratur, non curat lex an incipiat annus ex Cal. Septembr. an ex Octobribus. Et quamuis eadem lex conſtituat annum incipere ex quo die hoc vel illud factum fuerit, non tamen curat an hoc vel illud fiat Calend. Septembribus an Octobrib. Itaque facilè prætor in huiuſmodi cauſis reſtitutionem concedere poteſt tanquam interpres legis, non vt pro biennio ſubſtituat triennium, ſed vt pro die diem, pro menſe menſem, pro anno annum, *l. ſed etſi 26. §. quoties D. ex quib. cauſ. maior.* vt tantundem reddat reſtitutio quantum abſtulit læſio. Neque in eo cuiquam facit prætor iniuriam, ne legibus quidem, quarum ſcilicet ex æquitate temperandarum adeóque corrigendarum ius habet. At cùm ab ipſis contrahentibus ſtatutum tempus eſt, intra quod aliquid fieri, præſertim verò conditionem impleri oportuerit, non poteſt Prætor aduerſus lapſum temporis concedere in integrum reſtitutionem, quin faciat iniuriam ei qui de eo tempore conuenerat, non alias neque ſub alia conditione

contracturus. Hoc ipſo enim quod aduerſus lapſum temporis in conditione poſiti reſtitutio daretur, noua quoque conditio induceretur, & quidé conuentionalis, quæ tamen à prætore ſolo formam acciperet, nec ſolùm citra, ſed etiam contra ipſam conuentionem quæ à contrahentibus facta eſſet. Quod vtique nemo dixerit debere in prætoris eſſe poteſtate, niſi qui & ſtipulationes prætorias eaſdem cum conuentionalibus eſſe dixerit. Multóque facilius eſt vt poſſit in integrum reſtituere aduerſus elapſa tempora proponendæ actionis quæ iam aliquando competierit, quàm vt nouam ipſe actionem inducat, adeóque quod magis eſt, nouam obligationem, qualis proculdubio illa eſſet, quam induceret noua inducta conditione. Actio enim quæ ſemel competit, nunquam tempore finiri poteſt ipſo iure, cùm tempus non ſit modus tollendæ, ſicut nec inducendæ obligationis *vulg. l. obligationum ferè* 44. §. *placet. D. de obligat. & action.* Et cùm dicimus actiones quaſdam eſſe temporales ad earum differentiam quæ ſunt perpetuæ, *tit. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* non ad ius ipſum actionis reſpicimus, quaſi tempore vllo finiatur, ſed ad ius exceptionis quæ ex tempore inducitur, quam & temporis præſcriptionem dicere ſolemus, vnde & *tit.* ille in *Pand. de diuerſ. tempor. præſcript.* pro quo extant in Codice tot alij. *De long. temp. præſcript. de quadr. præſcript. De præſcript.* 30. *vlt* 40. *annor.* Præſcriptio enim prudentibus noſtris nihil niſi exceptio eſt, quæ omnimodo ſupponit præcedentem actionem, cũ nihil aliud exceptio ſit, quàm actionis excluſio, *l.* 1. 2. *& paſſ. D. de exception.* Itaque Prætor cùm in integrum reſtituit actorem aduerſus elapſa tempora actionis temporalis, nihil efficit niſi vt erepto exceptionis commodo ei qui conuenitur, ſaluam det actori facultatem agendi, perinde acſi tempora nõdum elapſa eſſent. Sed etſi actio ipſa per lapſum temporis non modò excluſa, ſed prorſus etiam extincta proponeretur, facilius tamen eſt prætori per in integrum reſtitutionem, facere vt vetus actio qualis fuit reſtituatur, quàm vt noua inducatur. Maximè cùm fieri nequeat vt noua illa veteri perſimilis ſit, quandoquidem naſcitur ex noua obligatione, quam nouam facit noua conditio propter innouatam conuenti temporis quantitatem. Obijces fortaſſe, nec illud nouum eſſe, vt Prætor in integrum reſtituat aduerſus lapſa tempora conditionis, ſicut & aduerſus lapſum temporis intra quod actio proponi debuit. Nam ſi minor quis fuerit heres inſtitutus aut legatum acceperit ſub ea conditione, *ſi intra centum dies fuerit à patre emancipatus*, nec intra id tempus ſit emancipatus, ob id ſolùm quòd non certioraucrit patrem qui eum fuerat emancipaturus, ſi conditionem ſciuiſſet, conſtat poſſe minorem in integrum reſtitui aduerſus lapſa tempora conditionis, etiam ad lucrum ex teſtamento captandum, ſi modò paratus ſit pater eum emancipare, *l.* 3. §. *& ſi heres. D. de minor.* Nam ſi ad lucrum captandum hæc reſtitutio minori datur, quantò magis dabitur ad damnum vitandum? Reſpondeo, multùm etiam hac parte differre temporalem conditionem teſtamentariã à conuentionali, quia teſtator qui inſtitutioni aut legato conditionem illam adſcripſit, *ſi intra dies centum à patre fuerit emancipatus*, licèt tempus certum adiiciat, non tamen præcisè rationem habuit huius vel illius diei, *id eſt* an intra Calendas Septembres an Octobres ea conditio impleri omnimodo deberet, quia neque ſcire illud potuit quo demùm tempore conteſtimus ille dies futurus eſſet, non magis quàm quo die eſſet ipſe moriturus, cùm certi iuris ſit, eos centum dies incipere currere ex tempore mortis teſtatoris,

ſtatoris, adeóque ex quo adiri poſſit hereditas, *l. ſi Titio 22. §. 1. D. quand. dies legat. ced.* Proinde nihil fit contra voluntatem teſtatoris, neque noua conditio per prætorem inducitur, cùm poſt elapſos centum dies minor reſtituitur ad hæreditatem adeundam petendúmve legatum, parato patre eum emancipare. Præciſa enim dies illa eſt, quæ facit vt quantulacumque temporis immutatione, ipſa quoque conditio immutetur. Imò tantò magis defuncti voluntas conſeruatur, quam credibile non eſt eam fuiſſe, vt ſolo lapſu temporis inſtitutio intercideret ante declaratam à patre voluntatem, in cuius poteſtate eſſet implere conditionem, quamuis ſi filius ille maior eſſet, nullo iure ſe reſtitui poſtularet, præſertim aduerſus amiſſam lucri conſequéndi occaſionem. Minorum enim priuilegium illud eſt vt iis etiam in lucro ſuccurratur. Aut minori irrogatam, quàm ſi à maiore cui minor ſucceſſiſſet ea conditio impleri iam potuiſſet, quoniam, vt in ſuperioribus diſputauimus, numquam ex perſona heredis obligationis ſubſtantia & conditio, aut ipſius conditionis forma immutatur. In eóque fortaſſe reprehendenda eſt ſupradicta Baldi diſtinctio, ex ea parte quæ habet concedendam minori reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis, quoties ob non factum id quod fieri debuit, contractus à maiore initus reſoluitur, & annullatur, non etiam ſi tantò magis confirmetur, & impleatur. Nam & in ſpecie *d. l. A Emilius* proponebatur ea conuentio facta inter maiores, vt fundus qui emptus fuerat, inemptus fieret, ſi pretium intra certa tempora ſolutum non eſſet: quæ poteſtas eſt legis commiſſoriæ vt ipſo iure reſoluat venditionem, nec eo magis tamen Paulus credidit extra ordinem iuuari debuiſſe pupillam per in integrum reſtitutionem, tametſi lex illa commiſſoria in venditionibus odioſa putaretur: non illa tantùm ratione, quam attulimus *Decade* 21. quòd bona fide initam venditionem reſoluat, ſed etiam ſi pleriſque credimus, quòd emptori, qui partem pretij ſoluit, damnum inferat vt eam quátitatem quæ ſoluta eſt amittat, *l. ſi fundus* 4. *§. ſed quod ait Neratius*, D. *de leg. commiſſ.* vbi Neratij ſententia laudatur exiſtimantis emptorem hoc caſu lucrari debere fructus quos ex re empta inemptaque perceperit, quos alioqui actione ex vendito reſtituere deberet quaſi nullo iure perceptos. Niſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, eo demùm caſu pretium amitti quo idipſum conuenerit inter emptorem & venditorem. Nam & de arris quarum amiſſio facilior & tolerabilior eſt, conſtat frequentem fuiſſe conuentionem, vt eas emptor amitteret ſi pretium non ſolueret intra tempus præſtitutum, *l. vlt.* D. *eod. l.* 1. C. *de pact. int. empt. & vendit.* Cur verò ea conuentio adhiberetur, ſi etiam nulla adhibita iuris ita eſſet vt arras perdere emptor deberet? Aut ſi ne quidem arras perdit, cur amittet pretium? Quod enim legis commiſſoriæ poteſtate venditio reſoluitur, fundúſque inemptus fit, ſuadet potiùs vt venditor qui contractus legem exercet, pretium à ſe acceptum reddere debeat, quaſi quod ſine cauſa penes eum eſſe incipiat, quod ex cauſa emptionis amplius eſſe non poteſt. Quod ſi ita eſt, vereor ne ſit interpretis tota illa clauſula & illatio quæ eſt in *d. §. ſed quod ait, Igitur ſententia Neratij tunc habet locum quæ eſt humana quando emptor aliquam partem pretij dedit.* Non enim ſic Neratius locutus fuerat aut Vlpianus ex Neratio *cùm pretium emptor dedit*, ſed longè aliter, *cùm pretiũ quod numeranit, perdidit.* Ita potiùs innuens, non omne quod numeratum eſt perdi-

tum etiam esse, sed certo duntaxat casu, puta si ita conuenerit. Et verò secundùm hanc clausulam dicendum esset, soluta quoque per commissoriam legem venditione, non alio tamen casu emptorem fructus à se perceptos restituere debere, quàm quo nullam pretii partem soluisset, siquidem soluto integro pretio, de lege commissoria quæri non oporteret, cuius ea conditio est, Si intra certum tempus pretium totum non fuerit exsolutum. Atqui etiam cessante legis commissoriæ potestate, non deberet emptor fructus vllos lucrari, qui nullam omnino pretij partem soluisset, quemadmodum ex contrario dicimus, iniquum esse vsuras ab eo exigi, qui fructus non perceperit *l. liberalitatis. § 1. D. de vsur.* Ergo cùm ob non solutum pretium fundus inemptus factus est, debet emptor fructus omnes reddere, tametsi partem pretii intulerit, non tam ratione non soluti pretij, quàm potestate pacti per quod resoluta venditio est, alioqui euenirет vt qui vel vnum soluisset nummum, fructus integros retinendi ius haberet quod tam absurdum est, vt nec aliter Neratij sententiæ locum esse putem interposita etiam pactione *De soluto pretio perdendo*, quàm si ea pars pretij quæ soluta est, fructuum quantitati & æstimationi respondeat. Quo demùm casu æquum videtur emptorem lucrari fructus, & quidem omnes & totos, id est non ad ratam vsque soluti pretij duntaxat, quia non in vicem vsurarum eos lucratur, sed in vicem sortis pretij, quæ tota emptori ex pacto amissa remanet penes venditorem. Sed hoc obiter. Ad id enim redeundū est, quod contra Baldum disputabamus, non eò magis esse succurrendū pupillæ aduersus lapsum temporis conuentionalis, quòd ex non facto pupillæ destruatur, & annulletur contractus qui fuerat initus cum maiore, ne tum quidē cum pactio inter maiores facta odiosa est. Sic enim Paulus in quæstionę *De lege cōmissoria* respondit. *d. l. Aemilius*, nisi fortè quis putet malè Paulum respondisse, ac meliùs Imperatorem decreuisse: quod tamen ex interpretibus nemo putat, præsertim si ponas cessare rationes cæteras præter odium legis commissoriæ quibus motus est Imperator vt in ea specie restitutionem in integrum pupillæ indulgeret. Id est, quod & venditor pretium petendo post diem legi commissoriæ renunciasse videbatur, & tutores qui in solutione cessauerant, suspecti pronunciati erant. Quantò minùs igitur danda erit minori restitutio aduersus lapsa tempora pacti de retrouendendo, quod non sicut pactum commissorium odiosum est, sed fauorabile? Atqui, inquit Baldus, si emphyteutæ heres minor cessauerit in canonis annui solutione, dubitandum non est quin aduersus commissam legem contractus restitui in integrum possit, & debeat. Fateor. Sed nego id fieri ob eam causam vt Baldus putat, quòd ea cessatio tendat ad resolutionē & annullationem cōtractus. At quia inter dominum directum & emphyteutam non id agitur, vt si sua præcisè die pensio non soluetur, cōtractus pro infecto habeatur, sed potiùs vt quandiu pensio soluetur, expelli emphyteuta non possit *l. 1. D. si ager. vectigal*, id est *emphy. ess. dicet*. Est enim ex conuentionis interpretatione à contrario sensu, potiùs quàm ex conuentione expressa, vt si pensio non soluetur, emphyteuta expellatur. Quod ipsum tamē, id est emphyteutam expelli, longè minus est quàm si emphyteusis pro non facta haberetur. Sicut & conuentio illa, vt si pretiū emptionis intra dictam diem solutum non erit, fundus ad venditorem reuertatur, multo minoris est potestatis & efficaciæ, quàm si lex cōmissoria, quæ in eum ipsum casum facit fundum ineptum, vt ex eo apparet, quòd illo casu etiam impleta cōditione non habet venditor rei vindicationē, si modò iam

anteà trāſtulerit poſſeſſionem non precariam in emptorem, ſed agere tātùm poteſt ex vendito, *l.3. C. de pact. inter empt. & vend.* Cùm verò legis commiſſoriæ poteſtas exercetur, nihil eſt quod venditori obſtet quominus fundum à ſe venditum traditúmque vindicare poſſit, haud ſecus acſi eum nulla tradendi cauſa præcedente tradid. ſſet, cùm ex ea lege inemptus fiat, proindeque remaneat nuda traditio, ex qua dominium neque transferri poteſt, neque videri vnquam fuiſſe tranſlatum, vt abundè à nobis diſputatū eſt Decade 22. Quid enim refert an conuenerit vt fundus inemptus fiat, an vt dominium pertineat ad venditorem, quemadmodum in ſpecie l. 1 eod. quo caſu caſu vtique nemo negauerit dandam venditori tanquam domino vindicationem, alioquí lex contractus non omnimodo ſeruaretur, quam ſeruandam eſſe conſtat *l. vlt. eo. tit.* licèt non ignorem ei qui ſub commiſſoria lege vendidit dandam quoque actionem ex vendito, ex reſcriptis Imperatorum Antonini & Seueri, de quibus in *leg. 4. de leg. commiſſ.* quòd ea actio ſit commodior, & expeditior quam vindicatio, ſiue quòd dominij probatio difficilior eſſe ſoleat, ſiue quòd fieri poſſit vt venditor non ſit dominus, cui proinde vindicatio dari nequeat, quem tamen non eo minùs æquum ſit frui commodo iuſtæ conuentionis, poſteaquàm placuit etiam alienam rem vendi poſſe. Similiter qui fundum dedit in emphyteuſim, ſi penſio ad diem non ſoluatur, habet actionem ex contractu ad expellendum emphyteutam, & præterea vindicationem iure dominij directi: ſed non ideò poteſt dicere contractum ipſo iure reſolutum, & pro infecto habendum eſſe, ſi non expreſſim ea lex contractui dicta proponatur, quia ceſſatio illa in ſolutione canonis annui non tam reſolutionem inducit, quàm moram, quæ ipſa etiam purgari poteſt, adeóque inter maiores, vt vulgò, & rectè ab interpretibus traditū eſt *l. vlt. C. de iur. emphyt.* quāto magis igitur permittendū erit minori vt ex hac cauſa impetret in integrū reſtitutionē, ſi fortè negligens fuerit non ſolùm in ſoluendo canone, ſed etiam in purganda mora? Nam nec penſio illa annua pretij loco eſt, at ne quidē mercedis, niſi tanta ſit, vt appareat habitum fuiſſe reſpectum ad quantitatem fructuum, ſed tantùm in recognitionē dominij directi debetur: quā in rē ſola debiti profeſſio ſufficere poteſt citra ſolutionē, nō ad liberandū emphyteutā eundemq; debitorē, ſed vt appareat nihil cauſæ eſſe, cur ideò cōtractū ipſo iure reſolui, aut pro reſoluto haberi oporteat. Ergo, vt cōcludamus, non debuit Bald. diſtinguere, an ob non factū à minore id quod fieri debuit intra certam diē, contractus à maiore initus confirmetur, an verò annulletur, ſed omnimodò & indiſtinctè debuit dicere, quod nos contendimus, lapſum temporis poſiti in cōditione cōuentionis inter maiores factæ, perinde minori nocere, adeóque pupillo, atque noceret maiori vt conuentio effectum ſuum ſortiatur ex *d. l. Aemilius.* Illud verò multò abſurdius eſt, quod poſt Bart. pragmatici tam obſtinatè defendūt, ita denegandam reſtitutionem minori ex capite minoris ætatis, vt tamē eam concedant tanquam maiori ex capite iuſtæ ignorantiæ, & ex clauſula illa edicti *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Etſi enim fatentur, quod & verū eſt, multum intereſſe an minori reſtitutio detur tanquam minori, an verò tanquam maiori, vt ex iis apparebit quæ ſequenti cap. dicturi ſumus, effectu tamen ipſo æquè accidit vtroq; caſu, vt cōuentionis ſuæ fructu, & emolumēto propter perſonam minoris priuetur is qui cū maiore nō cū minore cōtraxerat. Siue enim reſtituatur minor tanquam minor, ſiue tanquā maior, illud conſequitur vt perinde audiendus ſit poſt lapſa tempora, acſi lapſa non eſſent,

qui tamen si maior esset nullomodo audiretur: atque ita semper fit, vt noceat ei ætas illius cum quo non contraxerit, & de quo non potuerit contractus tempore cogitare. An enim cum maiore contrahens diuinare debuit futurum, vt maior ille ante lapsa conuentionis tempora morituros esset, pupillúmque aut maiorem heredem relicturus? Imò verò sicut ignorantia heredis vita defuncti non excludit, vt Iurisc. scribit in *l. cùm heres* 11. *D. de diuers. temp. præscrip.* Ita dicendum est magis debere heredi etiam pupillo nocere scientiam defuncti, quàm ignorationem propriam prodesse, ne ex capite ignorantiæ restituatur aduersus conuentionem à maiori factam. Nec fere vllo iuris loco reperias plus faueri ignorantiæ quàm pupillaritati, vt qui tanquam minor restitui non posset, cùm sit minor, restitui possit tanquam maior ex iusta ignorantia. Quæ enim potest iusta causa esse indulgendæ restitutionis pupillo, si pupillaritas iusta non est? Aut cur, obsecro, propositum fuit edictum à Prætore *Ex quibus causis maior.* nisi vt maioribus succurreret ex iis ipsis causis, ex quibus multò magis succursurus esset minoribus tanquam minoribus, si minor ætas interueniret? Nam quemadmodum si minor furiosus sit, aut prodigus, dat ei Prætor curatorem non tanquam furioso aut prodigo, quomodo maiori daret, sed tanquam minori, quasi ætatis vitium illud sit non hominis, *l. 3. §. quia autem. D. de tutel.* ita si minori danda sit restitutio ex ea causa, ex qua etiam maiori succurreretur, restituere eum Prætor debet, tanquam minorem, non tanquam maiorem. Ergo si verum est quod nec Bartolus ipse negat, tempus præscriptum ex conuentione inter maiores facta currere minori, & quidem cum effectu, id est sine spe restitutionis ex edicto *De minoribus.* Illud quoque admittendum est, nõ posse restitui eum quasi maiorem, alioqui non curreret tempus minori cum effectu: implicatq; contradictionem, vt tempus currat minori cum effectu, & vt restitui possit tanquam maior.

ERROR SEXTVS.

De sententia §. illud. l. si creditor 7. D. de distr. pignor. & de lectione l. Aemilius 38. D. de minor.

VNVS tantùm iuris locus est, qui pro minoribus facere videatur. Is est in *l. si creditor 7. §. illud inspiciendũ est.* D. *de distract. pign.* vbi quæritur, an liceat debitori, si hypotheca vænierit, soluta pecunia eam recuperare. Respõdetur autem cum distinctione, vt siquidẽ ita vẽnierit, vt si intra certũ tẽpus à debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tẽpus pecuniâ solutâ recipiat hypothecã: si verò tempus præterierit, aut si non eo pacto res vænierit, non possit rescindi venditio, *nisi*, inquit, *minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut respublica causa absens, vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurratur.* Sed iam præmoni in superioribus, cùm tractam de sententia & lectione *l. si cùm venderet* 13. D. *de pign. act.* locum illum mihi suspectũ esse, & Triboniano digniorem videri quàm Iureconsulto, siue quæstionem ipsam consideres, siue responsionẽ. Quæstio enim ridicula est, & quã nemo ex prudentibus vnquam proposuisset, an si pignus distractũ sit vel hypotheca, liceat debitori soluta pecunia eam recuperare. Nã prudentibus omnibus certissimum iuris semper fuit, rectè & legitimè distracto pignore nullũ debitori superesse ius offerendi, siue emptori offerre velit, siue creditori, *l. 2. C. si antiq.*

Digitized by Google

antiq.credit.pig.vend.& ſexcentis aliis iuris locis. Sed & ita concipi quæſtio debuerat, an debitori liceret offerendo pecuniam emptori aut creditori pignus recuperare, non autē an recuperare poſſit *ſolutâ*, vt textus habet, *pecuniâ*. Non enim ponere poſſis ſolutā à debitore pecuniam quin ponas acceptam ab emptore: quin tamen cōſtat hoc ipſo quo pecuniam accipit à debitore, obligare ſe vt pignus reddat, etiamſi millies præterierit tempus intra quod ſolui pecunia debuerat. Sed Triboniano familiare fuit, ablatiuis iſtis abſolutis vti ſæpiſſimē, quaſi pro genitiuis græcis, itēmque ſolutionis & oblationis nomina & iura, vt cætera ferè omnia confundere. Reſponſio autem & diſtinctio ſupradicta prorſus inepta eſt. Nam & à ratione iuris illud abhorret, vt ex pacto, quod creditor adhibuerit in pignoris vēditione, actio perſonalis debitori detur contra emptorē, niſi impetrata priùs ceſſione per debitorem, cui nimirum in eam rē pignoratitia actio accommodari ſolet & debet, quemadmodum ab Vlpiano reſponſum eſt in *d.l.ſi cùm vēderet.* Deinde quod exceptionis loco ſubiicitur, *niſi minor ſit ānis vigintiquinque debitor aut pupillus* prorſus obſurdum eſt. Quid enim attinebat verba illa addere *aut pupillus* cùm iam de minore annis vigintiquinque dictum eſſet? An verebatur Tribon. ne quis fortè dubitaret vtrum pupilli deterior quàm adoleſcentis cōditio eſſe deberet, vel, an minor eſſet annis vigintiquinq; qui eſſet pupillus? Tum verò quis vnquam dixit minorē aut abſentem reipublicæ cauſa reſtitui poſſe ex edicto ob id tantùm quod nō egerit ex aliena cōuentione? Prius namque erat vt diceret Tribonianus & probaret ex pacto creditoris pignus diſtrahentis competere actionē debitori, quàm vt de ea ex edicto reſtituenda tractaret. Non enim alia edicti poteſtas eſt, niſi vt amiſſa actio reſtituatur. Amiſſa portò eſſe non poteſt, quæ nunquam competit. Sed etſi admitterem quod ſemper negabo, ex pacto creditoris pignus diſtrahentis dandam eſſe actionem debitori intra id tempus quod in conuentionē deductū ſit, non tamen æquè admittere illud poſſem, dandam ei aduerſus lapſum tēporis in integrum reſtitutionē, ſiue ex capite pupillaris aut minoris ætatis, ſiue ob abſentiam, quæ reipublicæ cauſa cōtigerit. Cur enim hac parte plus iuris habeat is qui non cōtraxit, quique ex alterius perſona ius nanciſcitur, quàm is ipſe qui contraxit? Atqui non poſſet in integrum reſtitui creditor, non ſolùm quòd neque minor eſſet, neque abſens fuiſſet, verùm etiam quia nihil omnino ipſius intereſſet. Non enim ad aliud teneri poteſt pignoratitia actione, niſi vt quas ex vendito actiones aduerſus emptorem habet, eas præſtet, cedátque debitori *d.l.ſi cùm vēderet.* Nullas autem habet poſt elapſū tempus quod fuerat conuentione præfinitum. Neque verò ratio vlla eſt cur emptor qui ea lege acceſſit ad emptionem pignoris vt ſi intra certum tempus pecuniam debitor redderet, emptio reſcinderetur, poſt tempus illud cogatur rem reſtituere, ſiue vi & poteſtate reſtitutionis in integrum, ſiue quo alio iure, cùm nō alia lege fuerit empturus, eáque temporis immutatio quantulacumque ſit & vndecumque tandem emergat, pretii quoque diuerſitatē inducat (ſiquidem pactum illud pars pretij eſt, vt toties diximus.) Pretii verò diuerſitas poſt perfectam exceptionem induci nunquam poteſt, quin alia quoque venditio fieri videatur *l.pacta conuenta 72. D.de contr.empt.* Quid autem abſurdius, quàm vt venditio per creditorē facta immutetur, & alia fiat ex perſona & conditione minoris aut abſentis reipublicæ cauſa, qui nihil contraxerit? Nam & ſi pignus à maiore datum proponeretur ea lege vt non

Digitized by Google

aliter pignus distrahere creditor posset quàm si intra certum tempus soluta pecunia non esset, mortuo interim debitore cui pupillus successerit, constat non eò minùs posse creditorem pignus vendere suo iure post diem, acsi debitor adhuc viueret, aliúsve maior annis vigintiquinque debitori heres extitisset, vt apertissimè Paulus tractat, & tanquam de iure indubitato in *d.l. Aemilius.* vers. *Non me mouerit*, tametsi verum sit ante distractionem factum esse pupillare prædium quod anteà pupillare non erat, in eámque proinde causam deuenisse, vt alienari posse desierit, si vel minimo pupilli facto aut consensu ad faciendá alienationem opus esset. Quænam igitur ratio afferri potest, ob quam restitui pupillus debeat aduersus lapsum temporis adhibiti in conuentione, quam non ipse pupillus, nec alius in cuius locum successerit, sed creditor ipse fecerit & quam pro arbitrio facere potuit, & suo iure? Quamquam etsi Marcianum quis esse volet textum illum quem nos Tribonianum adscribimus in *d.§. illud.* facilis responsio est ne aduersus sententiam nostram Marcianus respondisse videatur. Tractat enim locus ille de minore, qui sit ipse debitor, non qui successerit debitori, & consequenter de pignore quod ab ipso minore constitutú sit aut etiam à iudice in odiú minoris, fortasse ex causa iudicati, vt in *l. si ex causa 9. D. de minor.* quo casu cóstat succurrendum esse minori aduersus venditionem pignoris, quantumlibet ritè ac legitimè factá, non quidem facilè & indistinctè, sed ita demú si grande damnum sit minoris, vt Vlpianus loquitur in *d.l si ex causa.* Cui conuenit quod ab Impp. Diocletiano & Maximiano rescriptum est in *l.1. C. si aduers. vendit. pignor.* etiam aduersus venditiones pignorú quæ à creditoribus fiunt minoribus subueniri, si tamen, inquit lex, magno detrimento afficiantur. Nimirum si pignora de quorú venditione rescindéda agitur, ab ipsis minoribus aut cóntra eos à iudicibus cóstituta proponantur. Ná si ab eo cui minor successit pignus datú fuerit, siue pater is fuit, siue extraneus quilibet, non habet rationé desiderii minoris, si ob ætatem suam velit rescindi venditioné quam creditor fecerit rei ab alio sibi obligatæ, quemadmodú iidem Impp. rescripserunt in *l.2. eo. ti.* quæ nisi hac adhibita distinctione cú præcedente conciliari nullo modo potest: & in qua notatu dignú illud est, quod ne tum quidé cùm creditor dolosè versatus est in distractione pignoris ab alio quàm à minore accepti minori tamen succurri patitur aduersus emptoré, sed tantùm aduersus creditoré ipsum, qui dolú admisit, aut aduersus minoris tutores vel curatores qui venditionem quam impedire poterant permiserint, si modò ritè distractæ sint. Si quid enim minus ritè factum sit, non potest securus esse emptor cuius titulus iuris solennitate destituatur, vt Paulus docet *lib.1. Sentent. Tit.9.§. vlt.* Eundémque sensum habet quod in *d.§. illud* scriptum est de absente reipubl. causa, vt scilicet restitui possit aduersus venditionem pignoris, quod ipse dederit nó quod ab alio datú sit cui ipse successerit. Quod vereor ne nó satis bene perceptú sit à nostris interpretibus, vt nec ab Andr. Tiraq. *de retr. conuẽt. §.1. glos.2. nu.59.* Quod autẽ in hoc loco Triboniani manú indicamus, fiet probabilius, si ea coniungantur quæ scripsimus in superiorib. *De sententia § vlt. eiusdem legis*, quem §. Triboniani etiam esse probauimus, & à iuris ratione omnino abhorret. Illud etiam à nobis docendú supereſt quod pertinet ad *l. Aemilius 38. D. de minor.* subesse in ea médum à nemine, quod mirer adhuc animaduersum, sed quod tamen imperito interpreti malim tribuere quàm Triboniano, mendum est in illa postrema clausula, *Monstrauit etiã Imperatorẽ quod priores tutores, qui nõ restitui desiderasset, suspecti pronuntiari*

erant. Dico ea verba delenda esse *qui non restitui desiderassent*. Non enim illa Imperatoris sententia fuit, vt prioribus tutoribus imputandū putaret, cur nō petiissent in integrum restitutionem nomine pupillę, cùm de hoc ipso apud Imperatorem quæreretur, an restitui pupilla posset necne, sed potiùs cur venditori post diem denunciati vt soluerent, non soluissent; quo facto legis commissoriæ potestatem effugissent, pupillæque redhibendi fundi iura integra conseruassent. Quod ab his factum non esse credibile erat mala mente, & dolo malo, cùm aliunde suspecti postea pronuntiati essent: Ex dolo autem ipsarum emergere damnum pupillæ dubium certè videbatur. Etsi neque ratio hæc Paulum mouere potuisset. Si enim tutoris dolus prodesse pupillo non potest ad rescindendam venditionem pignoris eo tempore distracti quo fundus cœperat esse pupillaris, si pignus fuerat datum à maiore, præsertim quandiu creditor ipse aut tutor est soluendo, *d. l. 1. C. si aduers. vendit. pignor.* (hoc enim casu nunquā emptor inquietandus est, ne tum quidem cū fraudem participauit *l. 1. & pen. C. si vendit. pign. agat.*) Cur proderit pupillo ad impediendam potestatem legis commissoriæ sub qua non pupillus ipse, sed pater eius emerat: Nam & fieri facilè potest vt suspectus tutor fuerit dolóque malo cessauerit in pretij solutione, vt in necem pupilli lex venditionis committeretur, neque tamen venditor fraudem & dolum participauerit. Cæterùm ex eo quod Paulus in *d. l. Aemilius*, tam diligenter hac de re disputat an pupilla aduersus lapsum temporis conuentionalis in integrum restitui deberet, déque eo tam accuratè apud ipsum quoque Imperatorem, & tantis conuentionibus disputatum fuisse refert, apparet manifestè quàm verum sit, quod tota hac Decade disputauimus, non esse in supremi Principis arbitrio & potestate, vt tempus conditionis à contrahentibus præscriptum proroget, ne quidem ex causa pupillaris ætatis si non aduersarius consentiat. Cur enim de restitutione in integrum quærendum fuisset, si ea prorogatio ab Imperatore concedi potuisset? Aut quo vnquam casu concedenda erit prorogatio, si non illo concedi debuit, quo tot rationibus Imperator vt pupillæ succurreret, mouebatur? maximè verò propter denunciationes etiam post diem à venditore factas quarum potestate ab ipso penè venditore prorogatio facta videri debuisset. Et verò longè expeditius futurum esset remedium illud prorogationis quàm restitutionis si iustum esset: quia quotiescunque iusta prorogatio est, idem numero contractus qui anteà fuit, manere intelligitur, propterea quòd tempus prorogatum idem cum priore, saltem iuris fictione esse existimetur, vt suprà diximus ex Tiraquello. Restitutionis verò in integrum remedium est omnino extraordinarium, ideóque odiosum, nec vnquam concedendum quandiu aliud superest quod vel ordinarium sit, vel minùs saltem extraordinarium *l. in causa 16. D. de minor.* Ergo cùm restituendam esse pupillam Imperator siue iustè siue iniustè pronunciauerit, satis hoc ipso declarauit, si tamen de tam improbabili & insulsa quæstione cogitare potuit, alio illo prorogationis remedio indemnitati pupillæ consuli nunquam posse inuito & contradicente eo, qui ius habet contradicendi. Magisque extraordinarium & à iuris ratione alienum esse auxiliū prorogationis (quāuis & prudētibus & Imperatoribus incognitū) quàm integrū restitutionis. Ac proinde in hac specie si quādo vnquā alias locū habere debet quod Titus Antonius rescripsisse dicitur in *l. sed cum ab hęrede 12. D. ad S. C. Trebell.* pupillum extra ordinem non esse iuuandum si

nouum beneficium cum alterius iniuria poſtuletur.

ERROR SEPTIMVS.

Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ, agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut procuratorem.

Nterpretum eſt magis quàm pragmaticorũ error ille quem nunc refutauimus De pupillo aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtituendo, ex capite ignorantiæ ac tanquam maiore. Sed pragmaticorum noſtrorũ proprius hic erit quem nunc refutabimus, à quibus error ille interpretum peius certè quàm debuit acceptus fuit. Putát.n. generaliter & indiſtinctè verũ hoc eſſe, vt iuſta pupilli & alterius minoris cuiuſlibet ignorãtia iuſtã præbeat materiá reſtitutionis ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*. Nec rurſus dubitant, quin pupillo aut minori electio dãda ſit, an contra tutorem vel curatorem agere malit, an in integrum reſtitutionem aduerſus eum cum quo non contraxerit poſtulare. In vtroque autẽ euidenter falluntur non ſolùm ſi Iureconſultos, rectámque iuris rationem, ſed & ſi interpretes ipſos conſulamus. Nam quod ad primum attinet, ſolent interpretes diſtinguere, an pupillus minórve qui in integrum reſtitui vult, ex capite iuſtæ ignorãtiæ & tanquá maior conueniatur ab alio, an ipſe agat: nec niſi priore caſu admittunt dandá ei reſtitutionẽ, id eſt cùm ab alio conuenitur vt in *l. Aemilius* 38. *D de minor.* non etiá ſi agat: quoniam prorſus nouum & inauditũ eſt vt quis ex propria ignorantia ſibi cõparet actionẽ: ſatíſque ac plus quàm ſatis fauetur ignorantiæ in eo, quòd creditur iuſtam præbere excuſationem, quæ conuento reo auxilium adferre poſſit quaſi per viá exceptionis, vt non inſubtiliter Caſtrenſis diſputat ad *l. cùm filiusfamilias* 49. *§. in hac De verb. obligat. ex l. qui in alterius* 42. *De regul. iur.* vbi Caius ſcribit, eos quidem qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habere cauſam ignorantię vtrũ id quod petitur debeatur, ſed ita demũ in herede id obtinere ſi cũ eo agatur, nõ etiá ſi agat. Nã planè, inquit, qui agit certus eſſe debet, cùm ſit in poteſtate eius quando velit, experiri: ex quo illud etiá euenit, licèt à tractatu noſtro alienius ſit vt téporalia ſint ad agendũ quæ perpetua ſunt ad excipiendũ *l. purè* 5. *§. vlt.* D *de dol. mal. except.* Quamquá quod ſequitur in *d. l. qui in alterius & antè debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendũ procedere*, vereor ne Triboniani ſit potiùs quàm Iureconſulti, ſi bene ſtylum agnoſco, imò & totam illam poſtremam clauſulam, *Hæc ita de herede dicta ſunt* ad finem vſque legis. Non enim niſi valde ineptè ſubiici poterat à Caio ea clauſula & diſtinctio, cùm iã ex præcedentibus apparet nõ de aliis heredibus cõceptam eſſe regulam quàm qui conuenirentur. Sic namque concepta eſt regula, *Qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habẽt cauſá ignorãtiæ an id quod peteretur, deberetur.* Ergo de reis nõ de actoribus Siquidé actores petunt, non rei. Petitur autẽ à reis nõ ab actoribus. Quid verò ſtultius quàm ſi quis moneat regulá quæ manifeſtiſſimis verbis de reo tãtũ cõcepta ſit, ita demũ obtinere ſi is conueniatur, non itẽ ſi agat? Sed & in actore locũ habere poteſt ſi quis fortè ex chirographo hereditario & in hereditate reperto agat, ignorãs apochá quá defunctus cõſcripſerat. Iuſtã.n. habet ignorãtiæ cauſá heres hic

quia

quia in ius alterius ſuccedit, licèt idem actor ſit, ideóque nec in expenſas vllas condemnandus eſt ſi poſt viſam apocham liti ſtatim cedat. Quo etiam iure Senatus noſter vtitur. Indéque apparet regulam illam generalem eſſe & cùm ad heredes & ſucceſſores omnes pertineat, ſiue actores ſint, ſiue rei, malè Tribonianum ad reos illam coanguſtaſſe. Sed & Triboniani inſcitiam detegunt verba illa *Hæc de herede*. Vnica enim præcedebat clauſula & ſententia, non plures, de heredibus verò, & ſucceſſoribus, non de herede. Itaque ſcribendum potiùs erat ſi verum amamus, *Hoc de heredibus*, quomodo Iuriſconſultus vtique ſcripſiſſet. Neque verò germana huius regulæ ratio illa eſſet, propter quam in reo locum habere deberet, non in actore, quòd non ſit in poteſtate rei quando conueniatur, quomodo in actoris poteſtate eſt vt agat quando velit, ideóque certus hic eſſe debeat de iure ſuo non etiã reus (pertinet enim hæc ratio tantùm ad ſumptus litis, de quibus ſi quæratur, illud vnum inſpici ſolet an temerè actor litem inſtituiſſe aut reus ſuſcepiſſe videatur) ſed quia, vt diximus, ignorantia quantumlibet iuſta actionem producere nunquam poteſt, parit enim duntaxat probabilem excuſationem excuſatio autem præbet exceptionem tantùm, non actionem, exceptionem, inquam, ad effugiendam condemnationem ſumptuum litis, vt dixi, ſed non ad faciendum, quominùs id quod petitur, reuera debeatur, vt conſtat ex *d. §. in hac l. cùm filius familias*, vbi Paulus ſcribit, in hac ſtipulatione *Neque per te neque per heredem tuum fieri* per heredem videri fieri non faciat quod ex ſtipulatu fieri oportet, quamuis abſit & ignoret. Eſt enim locus ille, vt appareat, de promiſſoris herede qui conuenitur ex ſtipulatione, nec tamen eo minùs illum teneri vult Paulus, quòd ignoret quid ſtipulatione contineatur. Quod proculdubio ſic accipiendũ eſt vt cùm effectu teneatur. i. nõ ſoliũ mero iure ſed etiá ex æquitate, & ita vt aduerſus cõmiſſam ſtipulationẽ reſtitutio nulla dari poſſit. Etſi non ignoro interpretes vulgò cõtra putare, quibus videtur nimis durũ vt cõueniatur quis ob id qđ nõ fecerit ea quæ facere debuit ex ſtipulatione quã ignorauit *arg. d. l. [illegible] alterius*. Cùm tamen nihil in eo abſurdi ſit aut iniqui, quoties ſtip[illegible]ntiũ & poteſtas ex eius perſona vires accipit, cui heres hic ſucce[illegible] illud magis mirum videri debet, quod in *d. §. in hac*, idem Paulus ſubiecit, *non videri per pupillum ſtetiſſe ex ſupraſcripta ſtipulatione, ſi pupillus heres erit*. Quid enim amplius facere poteſt pupillaritas, niſi vt pupillus & abſens & ignorans habeatur? Atqui heredes cæteri etiam abſentes, & ignorantes tenentur. Quidni ergo pupillus tenebitur? Verùm reſponderi poteſt fauorabiliorem hac parte cauſam pupilli eſſe, quàm alterius heredis cuiuſlibet, etiam abſentis & ignorantis, quia pupillus ſic abeſt, vt nunquam poſſit adeſſe, ita ignorat vt nunquam ſcire. Nimirum etiam cùm adeſt, abeſt, quæ ſcit & videt ignorat: quod in cæteris heredibus diuerſum eſt etiam minoribus annis 25. dum ne pupillis (alioqui cur de pupillo lex loqueretur?) qui licèt ſemper adfuerint, & ignorauerint, tamen & adeſſe & ſcire potuerunt, ideóque per eos factum videri poteſt quominùs ſtipulationi paruerint, tùm etiam cùm ſtipulationem ignorarunt. Ex eóque maximè loco refellendi ſunt interpretes & pragmatici noſtri, qui in propoſita quæſtione non ſeparant pupillũ à minore. Porrò ſi debitoris ignorantia facere non poteſt, quominùs id quod petitur re vera debeatur, multò magis admittendum eſt, ignorantiam actoris facere non debere vt habeat actionem quam alioqui non eſſet habiturus. Quare nec facilè poſſum con-

coquere quod pragmatici passim iactitãt, restitutionẽ in integrũ si à reo imploretur per viá, vt loquũtur, exceptionis impetrari quádocũq; posse, præsertim ex capite ignorantiæ, etiam post tempora concedendæ restitutioni à lege præstituta. Omnis enim restitutio in integrum actio est, licèt ab eo petatur, qui conuenitur. Et à Paulo in sententiis definitur, *redintegranda rei, vel causa actio*. nec sanè fieri potest, vt per viam exceptionis vnquam petatur, ne quidem à reo: quia nullam exceptionem habere videri potest, qui restitutione indiget, vt aliquo iure tutus videatur, & vt Paulus loquitur in *d. l. exceptiones 7. in fin. De except.* nullum ipse habet auxilium, antequàm fuerit restitutus. Fateor posse fieri, vt petendæ restitutionis causam det reo instrumentum aliquod ab actore editum, quod in illum vsque diem reus ignorauerit. Sed dico non eo minùs actionis iure censeri debere restitutionem in integrum, quam hoc casu reus impetrat, nec proinde permittendum ei esse vt impetret post elapsa tempora intra quæ restitutionem peti necesse est: nec ad rem pertinebit, si obiciat nõ potuisse se citiùs petere restitutionem, ob id quòd in sua potestate non fuerit, quando conueniretur. Neque enim expectare debuerat vt conueniretur, si conuentus nihil iuris habiturus erat nisi petita priùs restitutione: Quam si non priùs petere potuit, propterea quòd futuri aduersarij ius ignoraret, nihilo plus iuris habere debet, quia non potest imputari actori, cur non citiùs egerit, & intra tempora, intra quæ reus in integrum restitutionem petere potuisset. An enim diuinare potuit aut debuit futurum vt aduersarius vellet restitui? Aut an non satis ei fuit habere ius quæsitum, quod non nisi in casum & incertum euentum petendæ in integrum restitutionis posset amittere? Quare nec aliud dicendum arbitror, tametsi distulerit editionem instrumenti, ea mente vt interim petendæ restitutionis tempora laberentur. Quamquam enim ita ius esse scio, vt is etiam, qui iustam habet exceptionem, si eam opponat tardiùs vt tantò maioribus litis sumptibus actorem oneret, cõdemnari debeat in sumptus omnes quos actor fecerit in illum vsque diem. Ex cap. *exceptionem*, vbi Felin not. *Extr. de probat.* meliorem tamen puto esse debere conditionem actoris tardiùs agentis, quia non licuit actionem excipere & si quas exceptiones habet reus proponere cogitur, vt sic res possit actor an pertinaciùs contendere debeat, an cedere similiter dici potest cogendum eum, qui agere potest vt statim agat, & citiùs quàm velit, ob hoc solùm vt scire possit reus an in integrum restitutionem impetrare debeat, necne: quoniam vt restitutio impetretur post actionem propositam, & exhibita actoris instrumenta, fit per occasionem potiùs, quàm ex causa, vel in consequentiam propositæ actionis: Vnde illud est quod *incertum restitutionis* dixit Papinianus in *l. si Titius 48. §. 1. De fideiuss.* propterea quòd ante impetratam restitutionem duplex incertitudo semper est, vna facti, an qui restitui potest eam impetraturus sit, cùm multa possint contingere quæ faciant ne impetrare velit aut possit. Altera iuris, an ea restitutio si petita fuerit concedenda sit ex iuris æquitate. Quæ omnia eò pertinent, vt appareat duplicem illorum errorem esse, qui pupillum tanquam maiorem restitui volunt ex capite iustæ ignorantiæ, non solùm ad excipiendum si conueniatur, sed etiam ad agẽdum. Errant enim primùm in eo quòd cùm interpretibus non distinguunt, an pupillus agat an conueniatur, cùm tamen ei soli, qui cõuenitur, putent interpretes succurri ex hac causa oportere. Sed errant rursum in eo quòd cũ interpretibus dãt restitutionẽ pupillo tãquã maiori, quã tamen dare nõ deberent, ne quidem eo casu quo pupil-

Digitized by Google

lus cõueniatur: cùm hoc ipso ex reo actor fiat quisquis petit restitutionẽ vt diximus. Sed & quod magis est, ac obseruatione dignius in proposita quæstione cùm disputamus an pupillus restitui possit in integrũ aduersus lapsa tẽpora retrouenditionis, nõ de illo tãtùm quærimus, an ignorantia pupilli actionem ei parare possit, sed de illo potissimùm, an ea pupilli ignorantia facere debeat, vt emptor citra cõuentionẽ vllã obligetur ad retrouendẽdũ. Secundũ id quod in superioribus probauimus, promissionem retrouendẽdi nihil aliud inducere, nisi vt emptor ad retrouenditionẽ obligetur sub ea cõditione, si intra certũ tempus venditor ei pecuniam restituet, quo tẽpore elapso, sicut omnino deficit conditio, quã certum esse incipit nũquã extituram, ita & promissio euanescit, nec vlla vnquã facta esse intelligitur. Itaque siue per decretũ Principis prorogetur tẽpus conditionis, siue per in integrum restitutionẽ ea prorogatio fiat, fatendũ est nouã obligationem contrahi sub noua conditione. Proinde qui dicunt pupillum hoc casu restitui debere tãquã maiorem ex capite ignorantiæ, effectu ipso dicunt, posse ignorantiã pupilli facere vt & ignorans & inuitus obligetur emptor ad retrouẽdendũ qui alioquin nõ obligaretur. Quod tamẽ quis vnquã dicere vel sentire sciẽs prudensque ausus est? Nã si absurdũ est quẽadmodum esse iã diximus, vt qui ex ignorantia sua sibi cõparet actionẽ, an non multò difficilius est vt ex vnius ignorãtia ignorans alius obligetur? In eóque certè differt species hæc quã tractamus, ab illa de qua Paulus in *d. l. Aemilius*, ibi enim ignorantia pupilli etiãsi, quod interpretes volũt & nos negamus, sufficere posset ad inducendã in integrum restitutionẽ, nõ idcirco tamẽ pupillo prodesset ad inducendam obligationẽ vel actionẽ, sed tantùm ad impediendã resolutionẽ vẽditionis, ne fundus qui re vera emptus fuit, inẽptus fieret ex legis cõmissoriæ potestate. Hoc verò multò facilius est, quàm vt ex pupilli ignorãtia emptor obligetur ad retrouẽdẽdum, sicut & fauorabilius est vt cõtractus semel perfectus ex bona fide initus teneat & subsistat quàm vt resoluatur. Itaq; faciunt valdè meo iudicio imperitè, qui ex eo quod Imperat. in illa specie pronũtiauit pupillã in integrũ restituẽdã esse, inferũt, similiter in proposita quæstione restitutioni locũ esse oportere: quasi nihil interfit, an per restitutionẽ vẽditionis resolutio impediatur. An noua obligatio ad vẽditionẽ nouã faciẽdã inducatur. Sed illi multò imperitiùs qui pugnãtes Imperatoris & Pauli sentẽtias sic cõciliant vt pupillus tanquã pupillus & minor restitui nõ possit tanquã maior possit. Nã quod Imperator pronuntiauit pupillã in integrũ restituendã, sic haud dubiè accipiẽdũ est vt restituẽdã putauerit ex edicto *De minoribus*. Mouebatur, n. illa potissimũ ratione *quod dies cõmittẽdi in tẽpus pupillæ incidisset, eáq; res effecisset ne pareretur legi vẽditionis*. Idq; manifestiùs apparet ex Pauli disputatione, q vt cõtrà sẽtiat nõ ex alio mouet q̃ *quòd pater pupillæ nõ ipsa cõtraxerat*. Quæ ratio prorsus ridicula esset si de eo quæreret an pupilla nõ tãquã minor posset restitui, sed tãquã maior. Quod verò iidẽ pragmatici nostri pupillo non solũ restitutionem dandam esse putant tanquam maiori, sed etiam electionem an restitui malit contra emptorem ob elapsa in pupillaritate tempora conuentionalis conditionis, an agere contra tutorem qui intra tempora non paruerit conditioni. Abhorret sanè non tantùm à iuris ratione, sed ab ipsis quoque interpretum traditionibus. Sic enim vulgò sentiunt, & rectè, restitutionem hanc quam pupillo dari volunt tanquã maiori, cùm detur aduersus eũ qui nihil cũ pupillo cõtraxit, nec nisi ex æquitate illa generali, ne pupillus ex ignorantia sua cui sola ætas [illegible]

dederit,periclitetur,non aliter dandam esse quàm si ab ipso tutore qui intrà tempus emptori offerre debuerat,indemnis seruari pupillus nequeat. Nam cùm hoc ipsum imputari possit tutori cur tempus conditionis elabi passus sit,nemo dubitat quin tutor ex hac causa condemnari possit & debeat vt indemnitatem pupillo præstet,nec proinde æquitatis ratio vlla est , quæ suadeat,vt secuto pupillo,nec damnum vllum metuenti succurri oporteat nō modò contra bonæ fidei emptorem cui nihil possis imputare,quique cum pupilli patre non cum pupillo ipso contraxerit, sed etiam aduersus manifestissimam iuris certissimi rationem. Denique volunt interpretes restitutionem hanc quæ pupillo tanquam maiori datur ob iustam ignorantiam ex generali clausula *si qua mihi iusta causa esse videbitur*, non nisi subsidiariam esse, id est ita demum accommodari debere, si aliter indemnitatem consequi pupillus nequeat,fortè quia tutores nullos habuit , aut eos habuit qui non sunt soluendo:vt tradit Franciſc.Turzan.in *communibus opinionib.quæst.* 125.incip.*præscriptio*.ex Paulo Castr.in *l.properandum.§.vlt.C.de iudic.*& Fráciſc.Balb.in 1.*parte quintæ partis princip.num.*4.*in* 6.*quæst*.Adde Carolū Ruinum *col.*119.*conſ.penult.vol.*5.*&* Roland.à Valle *conſ.*10.*num.*18 .*verſ.verùm quia opinio.vol.*2.Imò & quod ampliùs est , fatentur interpretes , quod pragmatici ignorant , tutoris scientiam sufficere posse , vt impediat ne pupillus quandoque ex capite iustæ ignorantiæ & tanquàm maior restituatur. Sic enim eleganter & verè Paulus Castrensis ad *d.§.in hac l.*4.*De verb.obligat.* Quod proculdubio ita accipiendum est etiamsi tutor non sit soluendo. Tutor enim domini loco est , pupillique personam repræsentat , adeò vt etiam de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat *l.apud Celsum* 4. *§.illa etiam quæstio. D.de dol.mal.except.*Vbi addit Vlpianus generaliter id verum esse,neque distinguendum esse an pupillo cautum sit, an non , tutórne soluendo sit,an non. Denique pupillus tutorem habens neque pro absente haberi potest,cùm tutor adest , neque pro ignorante , cùm tutor scit id quod pupillus ipse scire non potest. Quid ergo si tutor vetus & legitimus non sit,sed is tamen,qui pro tutore omnia pupilli negotia gerat , neque ex mala fide, sed fideliter & diligenter.Finge matrem,quæ cùm tutorem pupillo intra annum petere deberet,nullum petiit,sed tamé vniuersum pupilli patrimonium haud aliter,quàm si tutrix fuisset,administrauit. Non puto posse aut debere scientiam eius nocere pupillo quia cùm reuera tutrix non sit quod neque à patre data fuerit,neque à iudice,non habet legitimam personam quæ pupillum vsque adeò repræsentare possit , vt eadem cùm pupillo persona esse existimetur. Itaque si verum crederem , quod interpretes somniant,restitui debere pupillum ex causa iustæ ignorantiæ tanquam maiorē, minimè dubitarem,quin hic pupillus qui matrem duntaxat habuisset restitui deberet,tametsi mater pro tutrice omnia gessisset, totámque rem seruasset, sed ita tamen si soluendo non esse proponeretur.Nam quod proximè diximus ex eorundem interpretum sententia , hanc in integrum restitutionem non nisi subsidiariam esse ne pupillus damnum sentiat , ideóque denegandam esse si pupillus indemnitatem consequi possit à tutore , qui sit soluendo , æquè hoc casu locum habere arbitror , id est cùm quis pro tutore gessit & soluēdo est ad indemnitatem pupillo præstandā non minùs quàm si tutor verè fuisset. Nihil enim prorsus interest pupilli quod ad hoc vt indemni-

demnitatem consequatur, cùm eius qui pro tutore gerit bona omnia perinde sint tacitè obligata pupillo pro administratis & neglectis, atque ipsius tutoris: ex Accursij sententia receptissima ad *l. pro officio* 20. *C. de administ. tutor.* Quæ sententia si quo vnquam casu vera est, tunc maximè obtinere debet, cùm mater ipsa est, quæ pro tutrice gessit, quoniam ad eius officium pertinebat vt tutorem pupillo peteret intra annum si tutrix esse nollet: nihilq; probabilius est, quàm vt vulgò tutrix existimetur mater quæ pupilli negotia gerit, alio tutore nullo existente. Separandúsque est hac parte is, qui pro tutore gerit cùm tutor non sit, à falso tutore. Falsum enim tu oremintellego, eum qui prudens sciénsque métitur se tutorem vt grassetur in re pupillari, cuius bona cùm nullomodo sint obligata pupillo, quia nõ tam ex quasi contractu obligatur, id est ex causa tutelæ, quàm ex edicto tanquam fur, & prædo, consequens est, vt quantumlibet soluendo sit, non debeat ea res nocere pupillo, quominùs ex capite ignorantiæ restitui possit, acsi neque verum, neque falsum tutorem vllum habuisset, quia nec vllum habere intelligitur, qui non nisi falsum habet. Et in eo sanè pragmatici passim errant, non distinguentes falsum tutorem ab illegitimo aut ab eo qui pro tutore negotia pupilli gerit ex bona fide: cùm tamen separatam esse huius & illius rationem, vel ex eo appareat quòd in Pandectis separati sint tituli *De eo qui pro tutor. &, quod falsi tutor. autor.* Etsi enim pro tutore negotia gerere dicitur, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue sciat non esse, fingat tamen esse *l.* 1. § *pro tutore. D. de eo qui pro tutore.* Attamen falsus tutor magis propriè dicitur, quod ad edictum prætoris attinet, qui dolo malo & decipiendi animo mentitur se tutorem, id est qui & malafide & malo animo tutelá sibi adrogat, *l. falsus tutor* 11. *in princ. &* §. 1. *D. quod falsi tutor.* Qui autem pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam præstat, quam tutor præstaret, *l. penult. D. de eo qui pro tutor.* Ergo si quis, præsertim verò si mater pro tutore negotia gesserit, & soluendo sit, eadem ipsius ratio in omnibus constitui debet quæ veri tutoris constituere: vt tam personali protutelæ actione quàm hypothecaria teneatur, ad hoc vt pupillus omnino indemnis seruetur, & consequenter non magis hoc casu permittendum est pupillo, vt tanquam maior ex capite iustæ ignorantiæ restituatur in integrum aduersus emptorem ad petendam post tẽpora retroueditionem, quàm si matrem verè tutricem, aliúmve tutorem verum habuisset, vrgente mimirum vtroque casu eadem æquitatis & iuris ratione, vt pupillus indemnis quidem seruetur, ne ex ignorantia sua damnum sentiat, sed eá indemnitatem à tutore vel protutore cõsequatur, quem habet ex quasi contractu obligatum, potiùs quàm ab eo cũ quo neque contraxerit, neque quasi contraxerit, quique nec fecit quicquam nec non fecit. Pragmaticos nostros illud fallit, quod dici solet, etiam in his quæ minorũ tutores vel curatores malè gessisse probari possunt, licèt personali actione à tutore vel curatore ius suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium minoribus damnum esse *l. etiam* 3. *& tot. tit. C. si tutor vel curat. interuen.* Sed animaduertere deberent, id verè tum dici cùm pupillus in integrũ restitui potest tanquam pupillus, aut minor tãquam minor, ex edicto *De minoribus*, nõ autem cùm restituitur ex edicto *De minoribus*: quomodo eam restitui volũt interpretes ob iustam ignorantiam. Et dissimilitudinis ratio euidens illa est quòd ex edicto *De minoribus*, nunquam succurritur pupillo aut minori per

pupillo aut minori, er in integrum reſtitutionem, niſi aduerſus eum cum quo negotium aliquod geſtum ſit, vt probauimus in ſuperioribus ex verbis illis edicti, de quibus in *l.1.§.1.& l.ait Prætor 7.in princip. D. de minor.* Proinde nulla fit iniuria ei contra quem pupillus, aut minor reſtituitur, ſi prior ipſe inquietetur, licèt tutor aut curator ſit ſoluendo, quia eſt quod imputari poſſit ei cur cum pupillo aut minore contraxerit. At cùm aduerſus lapſum temporis appoſiti in conuentione facta inter maiores pupillus minórve alius reſtituitur tanquam maior, & ex edicto *De maioribus* vult ſibi ſubueniri pro ſua indemnitate aduerſus eum qui nullum prorſus ſecum geſſit negotiũ, & cui nihil imputare poſſis, ſiquidem non incidit in eum pupillus, ſed ipſe in pupillum. Quidni ergo æquum ſit priorem conueniri tutorem aut curatorẽ, qui & ex quan contractu obligatus eſt, & eam indemnitatem quæ pupillo, aut minori præſtanda eſt, æquè commodè præſtare poteſt? Quid igitur ſi pupillus neque tutorem habeat, neque alium qui pro tutore negotia gerat? Hoc nimirum caſu clamabunt pragmatici poſt Bartolum concedendam reſtitutionem pupillo, non tanquam pupillo, ſed tanquam maiori, vt admitti poſſit etiam poſt lapſa tempora ad offerendum emptori pretium quod intra præſcriptum tempus offerri debuerat ad extorquendam retrouenditionem. Ego contra negabo, nec vnquam patiar vt deterior fiat conditio emptoris qui ſibi diligenter proſpexerat, ob hoc ſolùm quòd vẽditori pupillus ſucceſſerit, cùm ſi, quod magis eſt, ſine vllo herede venditor deceſſiſſet, non eo minùs conditionis tempora elaberentur ſine ſpe reſtitutionis, quomodo dicimus, Pecuniã ad diem promiſſã ſub pœna, & ante diem mortuo promiſſore committi pœnam, licèt hereditas eius adita non ſit, *l.ad diem 77.de verb. oblig.* & quidem ita cõmitti vt reſtitutio in integrum hîc dari nulla poſſit. Nam cõtra pœnam conuentionalem nunquam datur reſtitutio, licèt contra legalẽ detur, vt tractat Tiraq. *De retract.conuent.§.1.glo.2.num.58.* Atqui nemo dixerit maiorem eſſe rationem, vt conditionis tempora currant cum effectu & ſine ſpe reſtitutionis iacẽte hereditate quàm cùm pupillus heres eſt, quia iacẽte hereditate nullus heres eſt, pupillus autem non poteſt quid minus eſſe, quàm ſi omnino nullus eſſet. Quòd ſi hereditate iacẽte tẽpus currit, ſine ſpe reſtitutionis, quia hereditas perſonã defuncti repræſentat: cur non idẽ admittemus pupillo herede exiſtẽte? Ná & pupillus ex quo heres eſt, perſonam defũcti ſuſtinet, vt & alius heres quilibet: proindeq; non magis venire poteſt quàm ſi maior eſſet, contra factum defuncti, & aduerſus contractum, qui ante mortẽ defuncti nõ ſolùm perfectionẽ habuerit, ſed etiam ſuã executionẽ. Quid enim exequẽdũ ſupereſt emptori qui rẽ ſibi traditã ex cauſa emptionis acccepit, nec ſub alia conditione ſe obligauit ad retrouendendũ, niſi ſi intra biennium ſibi pretiũ à vẽditore reſtitueretur? Aut quid ipſius intereſſe poteſt an pupillus tutorem habeat, necne? Alioqui dicendũ erit, emptorẽ hoc caſu obligatũ eſſe, vt quaſi pupilli procurator poſtulet ei tutorem dari. Quod fuerit profectò ridiculum, quandoquidẽ non ſolùm nihil cum pupillo vnquã geſſit, ſed neq; gerẽdũ habet, aut aliud quicquã curãdũ, niſi vt perfecti impletiq; cõtractus ſui ius ſalnum & integrũ tueatur. Cur.n. curet, an quiſquã ſit, qui redimere aut poſſit, aut velit? aut an vẽditoris heres impubes ſit, an pubes? aut an tutorẽ aliquẽ habeat, an non: aut deniq; an omnino heres aliquis ſit, necne? nẽpe his omnibus caſib. idẽ iuris eſt, vt perinde cõditionis implẽdæ tẽpora elabãtur cũ effectu & ſine ſpe reſtitutionis. Hac ſola differentia quòd ſi pupillus tutorẽ non habuit

bnit, nullá pro indémitate ſua act one habet, neq; auxilio reſtitutionis in integrũ, neque alio vllo iure. nisi fortè cótra matrẽ quæ tutorem petere debuit nec petiit, l cèt alia ei pœna ex hac cauſa legibus ſit cõſtituta. Si verò tutoré habuit, agere cótra eũ poteſt pro cõſequeda indémitate quã debet tutor præſtare periculũ cõditionis nõ impletæ quã implere debuit, vt actio pupillo quæreretur *l. pupillorũ 21. C. de admi tut.* qui textus ad ꝓpoſita quæſtionẽ pro ſententia noſtra omniũ maximè videtur accõmodatus S c.n. habet, Pupillorũ ſeu minorum defenſores ſi per eos donationũ conditio neglecta ſit, rem miſſę periculũ prętare, vt intelligamus etiamſi per tutoris negligentiam vel dolum factum ſit quominùs impleta fuerit conditio donationis, non eò minùs amittidonationem pupillo, quam lucraturus erat ſi conditio illa per tutorem impleta fuiſſet. Porrò nihil prorſus refert vtrum donationis aut venditionis conditio illa ſit, quæ per tutorem pupilli nomine debuit impleri: & omni caſu res amittitur ſi conditio non impleatur, quę tamen ſi intra tempus conſtitutum impleta non ſit, poſtea impleri nunquam poteſt, quandoquidem mutatione temporis in conditione appoſiti conditio ipſa tota immutaretur, planéque alia ſpecie ac numero differens efficeretur.

ERROR OCTAVVS.

Si reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu.

DISPVTAVIMVS hucuſq; contra Hieronymũ Cagnolũ inter pragmaticorũ Principes nõ ignobilẽ Doctorẽ, de eo quod primus ille auſus eſt ſcribere, permittendũ eſſe ſupremo Principi vt proroget tempus cõditionis appoſitæ in promiſſione quam emptor véditori fecerit de retrouendẽdo. Nũc ex Cagnolo ipſo cõtra pragmaticos noſtros diſputãdũ nobis eſt; qui magiſtri erroré dilatãt quantũ poſſunt, vt faciãt ampliorẽ. Nã ſi is qui fundũ à te emerat ſub pacto de retrouẽdendo, ſi intra biẽnium ſibi pretium reſtitueretur, ante finitum biennium prorogauerit tempus conditionis, tibique pro biennio triennium indulſerit liberaliter, nullâque alia de cauſa quàm vt beneficiũ in te conferret, nõ deſunt ex pragmaticis noſtris, qui putent perinde permittendum eſſe Principi vt tẽpus iã prorogatũ rurſus proroget, atque ſi nulladũ prorogatio præceſſiſſet. Quam in ſententiã ex eo tantùm mouentur quòd vtroque caſu par ſit ſuprema Principis poteſtas, nec magno incommodo afficiatur emptor contra quem eiuſmodi prorogatio in alium ſaltem annum indulgetur. Contra quos, ſi pro me vel vnus Cagnolus certare velit, is non tantùm autoritate, ſed etiam ratione ſtatim vicerit. Nam & cùm quæſtionem ipſam proponit, an Principi liceat huiuſmodi tempus prorogare, ne nimis abſurdam quæſtionem mouere videatur, quam nemo anteà mouerat, non de longiori tempore quærere auſus eſt, quàm quòd ſit duorum vel trium menſium. Sic enim quæſtionem concipit ad *l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. quæſtion. 34.* An Princeps redimendi tempus prorogare poſſit per duos aut tres menſes: vt appareret nec dubitare illum quin ſi in annum prorogare Princeps vellet, id ei licere non deberet. Quod apertiùs

ſignificat in ſequentibus,cùm quærit, An fieri poſſit ea prorogatio poſt iam elapſum tempus intra quod debuerat conditio impleri, pretiúmque reſtitui ad retrouenditionem poſtulandam: negat autem poſſe, niſi, inquit, magnam & inſignem cladem fortunis venditoris contigiſſe probetur, quæ fecerit ne tam citò & intra præſcriptum tempus potuerit paréte conditioni: quo caſu vult quidem ei ſubueniendum eſſe commiſerationis potiùs quàm iuris aliqua ratione: ſed ita tamen vt prorogatio illa non niſi ſex ad ſummũ ſit mentium: ita innuens nullo caſu ſe admittere, vt prorogatio ſit anni vnius, ne tum quidem cùm ab emptore ipſo nulla prorogatio facta eſt. Quis ergo ferat vt prorogatio per Principem fiat in annum, ſi iam conuentionalis alia prorogatio anni vnius, aut forteſſis etiam biennij præceſſerat? Præſertim verò ſi præcedentem illam prorogationem ignorauit Princeps eo tempore quo nouam indulſit, calliditate ſcilicet impetrantis, qui nullam in precibus mentionem fecerit prorogationis illius cõuentionalis, vt Principis religionem circumueniret, tantóque facilius iniquam prorogationem alteram extorqueret. Neque enim negari poteſt quin ex tacita illa veritate obreptum fuerit Principi, qui ſi rem geſtam, & liberalem emptoris vrbanitatẽ ſciuiſſet, vtique non tam facilè in eius iniuriam, nouum inuſtúmque beneficiũ venditori cõceſſiſſet. Nam quod pragmaticos iam replicare audio, nõ eo minùs licere Principi ſalte de plenitudine poteſtatis, vt loquuntur, prorogationem aliam dare inuito etiam emptore, quòd iam vna præceſſerit ab ipſo emptore liberaliter data, prorſus ad rem nõ pertinet. Ita enim eſto: quod tamen mox negatum fuimus. Nihilominus vitiũ obreptionis ſubeſt, quoties tacitũ illud eſt, quod ſi expreſſam fuiſſet difficiliorem potuit reddere impetrationem, licèt æquè fuerit tádem Princeps conceſſurus, dũ æquè facilè. Nemo autem dixerit, nõ difficiliorem eſſe debere Principem in ſecũda prorogatione indulgẽda, maximè verò inuito emptore, quàm ſi nullam dũ emptor liberaliter cõceſſiſſet. Nã & Cagnolus ipſe fatetur ita ſolitũ hac in re obſeruari à Principe, quoties huiuſmodi prorogatio poſtulatur, vt ante omnia Princeps ad emptorem ſcribat, rogétque vt liberaliter & humaniter petitã prorogationem indulgeat, vt ſi fieri poterit, nihil niſi volente & cõſentiente emptore decernatur, ſin preces iuſſáve Principis vſque adeò emptor negligat vt de iure ſuo nihil omnino velit remittere, tum demũ quaſi in pœnam pertinacioris cõtumaciæ Princeps autoritatem ſuam interponat. Qui ſanè multò cultior eſt prorogationis à Principe cõcedẽdæ modus, quàm ſi rectà, & inaudito emptore venditori faueretur. Nã quemadmodũ eſſet iniuſtus ignorãti quã pertinaci emptori dãnum infligere, ita vix de alio quàm deſequeri emptor poteſt qui à Principe ſuo rogatus, cui omnia debeat, noluerit ei cõplacere, vt Cagnolus loquitur, nec eas tamẽ rationes æquitatis adferre potuerit, quæ Principẽ mouere debuerint, ne cõcederet eiuſmodi prorogationẽ. At ſi emptor ad Principis literas reſcriberet, ſemel iã à ſe prorogatũ liberaliter tẽpus conditionis cõuentionalis, nec per vnũ aut alterũ diem vel menſem, ſed annũ vel biẽniũ, eáque de cauſa ſupplex peteret à Principe, ne quã ſibi alterius prorogationis indulgẽdæ neceſſitatẽ imperaret, credibile eſt bonũ Principẽ nõ tã facilè iuſſurũ emptori vt iterũ proroget, nec proinde reluctãte eo prorogaturũ. Nã etſi in pacto ipſo de retrouendẽdo intra certa tẽpora cõueniſſet, vt tẽpus illud vẽditori prorogare emptor cogeretur nõ ad aliud teneri emptor poſſet, quã vt ſemel nõ etiã vt bis, aut ſæpius prorogaret.

garet. Verificatur enim promiſſio, vt noſtri loquuntur, in primo actu, quod in propoſito *De prorogatione*, nominatim tradit Andr. Tiraq. ad *l. boues. §. hoc ſermone. de verb. ſignific.* Cur non ergo vnica prorogatione contentus eſſe cogatur venditor, aut venditoris heres quiſquis ille ſit, cui nulla prorſus ex contractu debebatur? An emptoris vrbanitas ei nocere debebit, vt ob id ſolum quòd prorogationem vnam libenter & liberaliter indulſerit, aliam quoque concedere debeat, aut æquo animo ferre, vt ſe ignorante aut inuito à Principe concedatur? Itaque, vt iam dixi, pro nobis contra pragmaticos pugnabit haud dubiè Cagnolus ſi in auxilium aduocetur. Sed adſit ille ſi volet, ſuis pragmaticis: Auſim ego dicere, etiamſi maximè verum eſſet quod Cagnolus induxit vt huiuſmodi prorogatio reſcripto Principis concedi queat, non tamen ſimiliter illud admittendum fore, vt tempus iam ab emptore prorogatum iterum à Principe prorogari poſſit: non illa ſolùm ratione quam attigi, quòd non debeat Princeps duriorem facere emptoris conditionem in prorogandi temporis neceſſitate ipſi imponenda, quàm ſi expreſſa conuentione eſſet emptor ad id obligatus: quo caſu vnica prorogatione, vt diximus, promiſſioni abundè ſatisfeciſſet. Verùm etiam, quia plus iuris aut æquitatis præ ſe ferre videtur prorogatio temporis, quod in ipſa venditione adhibitum ſit, quàm eius quod iam ſemel fuerit prorogatum: quoniam tempus illud de quo cõuenit inter cõtrahentes in ipſo cõtractu pars quædam pretij & cõtractus eſt, nec minùs ex parte venditoris, quàm ex parte emptoris, ideóque quandiu tempus durat, neque omnino elapſum eſt, poteſt venditor aut eius heres dicere ſe nõ alia lege fuiſſe alienaturum, quàm ſub pacto de rettouendendo, & conſequenter petere vt ſibi ſaluum ſit, & integrum: Quamquam non aliud hæc ratio concludit, niſi vt intra conſtituta tempora redimendi ius vẽditori eripi non debeat, nõ etiam vt poſt ea tempora idem iuris habere illum oporteat inuito emptore, qui ſimiliter dicere poteſt non aliter ſe empturũ fuiſſe quàm ſi præſcripto illo tempore, ius redimendi, quod venditor ſibi exceperat, reſtrictum fuiſſet. At cùm eius temporis in conuentionem deducti prorogatio iam vna facta eſt, & quidem vltrò & liberalitate emptoris, nullus omnino ex parte venditoris ſubeſt color petendæ prorogationis, quia tempus hoc de quo nũc prorogando agitur, nõ illud eſt quod dici poſſit vnquá fuiſſe pars pretij aut contractus, ſed tempus aliud & nouũ quia prorogatum: de quo nec à cõtrahẽtibus fuerat cõtractus tempore cogitatum, imò verò, quod alterius temporis expreſſione omnino fuerat excluſum. Qui enim paciſcitur de retrouẽdendo ſub ea cõditione, ſi intra Calendas Quintiles pretium reſtituetur, hoc ipſo certè paciſcitur ne poſt Quintiles retrouendere teneatur, ne quidẽ intra Sextiles. Tãtũ abeſt, vt quo longior eſt dilatio quæ cõfertur in Calendas Sextiles, quàm quæ in Quintiles, eo pluris vel minoris venditor vendidiſſe, aut emptor cõparaſſe dici poſſit. Neque eſt quod quis dicat tempus prorogatũ vnũ & idẽ tempus eſſe videri cũ priore, *l. ſed ſi manente 5. D. de precar.* Nam, vt iá ex Tiraquello monuimus alio huius Decadis loco, nõ propriè id dicitur & verè, ſed fictè & abuſiuè, quandoquidem aliud tempus eſt quod prorogatur, quàm quod ab initio præſcriptũ fuit. Neq. verò Pomponius in *d. l. ſed ſi manente* ſic loquitur, vt dicat idẽ tempus eſſe, quod vtiq; nõ modò abſurdũ eſſet, verùm etiá impoſſibile, ſed idem precari, ũeandémque cauſam precarij. Et ſanè impropriè loquitur quiſquis dicit tempus prorogari. Non enim tempus, ſed actus ipſe qui

intra certum tempus fieri debuit, in longius tempus prorogatur. Sed etsi idé tempus dici posset fictitiè & absolutè, quomodo loquitur Tiraquellus, nihilo magis tamen fieri posset vt ea prorogatio aliam admitteret prorogationem, quia non potest vna fictio aliam recipere actionem, quandoquidem fictio ipsa cùm nihil sit, nequit esse subiectum accidentis. Ergo cùm non alio colore prorogationé ex rescripto Principis admitti velint pragmatici, quàm quia tempus prorogatum pro eodem tempore habeant, quod primum fuerat præstitutum, consequens est vt fateri eos necesse sit, id tempus quod iam prorogatum sit, vt loquuntur, iterum prorogari nullo modo posse, maximè verò ignorante eo, qui iam semel prorogauerit, idque, vt diximus, liberaliter, & sine vlla noua causa. Nihil enim iuris habere potest venditor ratione temporis prorogati, nisi quantum voluit is ipse qui prorogauit, cúmque in eo tempore, de quo in ipsa venditione conuenerat vtriusque contrahentium voluntas spectanda sit, quoniam in eo præscribendo vtriusque consensus interuenit, in hoc tamen quod prorogatum est, solam prorogantis voluntatem intueri possumus, ex cuius sola profectum est liberalitate. Quis enim ferat vt in re mea sit alius me ipso liberalior? Fateor donationes largissimam recipere interpretationem aduersus donatorem: sed id tamen ita intelligendum esse constat, si modò nihil fiat contra donatoris voluntatem, & contrà quàm verbis donationis distertè expressum sit. Neque enim eum qui nonnisi centum donauerit, ducenta debere quisquam dixerit. Cur ergo eum qui redimendi ius in annum prorogauerit liberaliter, & animo donandi, obligatum dicemus vt nouam in longius tempus prorogationem etiam ab alio fieri inuitus patiatur? Sed & vulgaris nostrorum traditio est, actus merè voluntarios nunquam extendi, ne quidem per interpretationem, nisi quatenus infertur ex necessitate. Quid autem magis voluntarium quàm quod ex mera liberalitate fit, & animo donãdi? Igitur nulla ratio reddi potest, cur emptor, qui vt in venditorem, esset munificus, prorogauit in Calendas vsque Sextiles ius redimendi quod intra Quintiles exerceri ex mutua conuentione debuerat nouam prorogationem inuitus facere, aut ab alio factam pati cogatur. Non enim ea secunda prorogatio inferri vllo modo potest ex necessitate præcedentis, sed tota quanta est, & siue iusta, siue iniusta, pendet ex voluntate secundi prorogantis. Neque est quod quis dicat, huiusmodi prorogationes tum etiam cùm liberaliter & gratis ab emptoribus fiunt, eam vtplurimùm habere causam solere, ne venditor tam citò redimat, qui fortè eo ipso die alioqui redempturus erat, pecuniam habens in numerato: atque ita non esse id accepto ferendum meræ liberalitati emptoris, qui ex prorogatione lucrum fructuum sperauerit, & sibi comparârit. Nam præter id quod è contrario fieri etiam potest vt mera fuerit emptoris liberalitas, non habente venditore vnde pecuniam explicaret ad offerendum venditori intra tempus præfixum, dico, tum etiam cùm proximæ redemptionis metu prorogatio ab emptore facta est, non eo minùs prorogationem prorsus voluntariam censeri debere, vt defendit Carolus Molinæus in Consuet. Paris. tit. 1. §. 23. quæstione 14. numero 47. vbi & ex hac ratione infert, Si ex causa huiusmodi prorogationis secuta sit retrouenditio, deberi noua laudimia à venditore qui ex retrouenditione nouus emptor fit, nouúsque dominus, qui tamen nulla deberet si ex vi & potestate pacti de re

de retrouendendo in ipſa venditione adhibiti, id eſt, ſi intra tempora eo pacto præſtituta retrouenditio facta fuiſſet. Etſi enim omni caſu retrouenditio noua alienatio eſt, nouámque dominii translationē inducit, ex qua laudimii præſtandi obligatio naſci ſolet, tamen cùm ſit in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſitæ, nulla parit laudimia, quaſi pars tantùm & executio quędam ſit prioris contractus, pro quo iam ſemel laudimium ſolutum fuit, quod non perinde dici poteſt, cùm retrouenditio ſecuta eſt ex cauſa factæ prorogationis. Nouus enim cōtractus re vera ille eſt, qui à priore illo cuius tempora breuiora fuerunt, nullam dependentiam, vt ita loquar, habet, ſi non priore illo contractu id expreſſim actum erat, vt emptor ius redimendi in longius aliquod tempus prorogare teneretur: quemadmodum ſupradicto loco Molinæus tractat. Cui non diſſimile illud eſt, quod vulgò interpretibus noſtris placere video, & rectè, ſi compromiſſum factum ſit vt fieri neceſſe eſt in diem & ſub pœna dato prætereà fideiuſſore, nec intra illam diem pronuntiauerit arbiter, ſed compromiſſi prorogatio in longius tempus facta ſit mutua contrahentium voluntate, inſcio tamen & abſente fideiuſſore, non poſſe pœnam prioris compromiſſi à fideiuſſore exigi ſi fortè is qui fideiuſſorem dederat ſententiæ arbitri ſtare nolit, quia non pro hoc compromiſſo quod per prorogationem nouum aliúdque factum eſſe intelligitur, fideiuſſor acceptus fuerat, ſed pro primo illo quod finito tempore intra quod ſententia ferri debuerat finitum etiam fuit, cùm non alia de cauſa tempus certum præfixúmque compromiſſo adiectum fuiſſe videri poſſit, quàm vt iis veluti finibus obligatio compromiſſi tam principalis quàm acceſſoria terminaretur & limitaretur. Sed etſi is qui in triennium conduxerat fundum, & cōductionis fideiuſſorem dederat, poſteà impetrauerit à locatore vt conductionis tempus ſibi in longius tempus prorogaretur, non dubitant interpretes quin pro penſionibus temporis prorogati fideiuſſor nullomodo teneatur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit, quia hoc etiam caſu tempus conductioni inſertum fuerat limitandæ & finiendæ obligationis gratia, ideóque non debet ignoranti fideiuſſori nocere prorogatio inter alios facta, quæ tempus immutando, ſubſtantiam quoque obligationis quæ ex ipſo partim tempore æſtimabatur immutaſſe, aliúmque contractum feciſſe credenda eſt. Sic enim ex communi aliorum ſententia diſputat Dydacus Couarr. in *init. 1. part. relect. cap. quamuis pactum. de pact. in 6. num. 6. per tot.* diſtinguens hoc vnum duntaxat, an tempus inſertum obligationi pro qua fideiuſſor interuenit adiectum ſit ad finiendam & limitandam obligationem, vt in ſuperioribus duobus caſibus, an ad ſolutionem tantùm & exactionē differendam: quod euenit cùm quis ſe hoc aut illo anno ſoluturum promiſit, in eámque rem fideiuſſorem dedit. Quo demùm caſu admitti ille, & verum eſt, perinde obligatum manere fideiuſſorem poſt factam, ſe licèt inſcio, prorogationem, atque ſi prorogationi conſentiſſet, nimirum quia prorogatio hæc ei prodeſt potiùs quàm nocet, cùm non alium effectum habeat, niſi vt debiti exactio quæ ſtatim fieri poterat, in longius tempus differatur. Neque enim videri poteſt obligari, aut obligatus manere fideiuſſor ob id tantùm quod prorogatio iſta facta ſit, ſed quia prior obligatio pro qua interceſſit adhuc ſubſiſtit, ſubſiſtétque etiam poſt finitum tempus prorogationis, quandiu per ſolutionem aut quem alium legitimum modum non fuerit diſſoluta.

In propoſita verò quæſtione, cùm fundus venditus eſt ſubiecto pacto *De retrouendendo* ſub ea conditione, Si intra biennium pretium reſtituetur, certiſſimum eſt quod nos ſæpiùs repetere coacti ſumus, non aliam ob cauſam tempus certum huic conditioni adiectum eſſe, quàm vt eo tempore finiretur, non quidem obligatio ipſa, quæ ex promiſſione conditionali ante conditionis euentum prorſus nulla eſt, ſed conditio obligationis, ne qua poſt id tempus futuræ obligationis ſpes aut præteritæ ſtipulationis memoria ſupereſſet non magis quàm ſi nulla vnquam interpoſita fuiſſet. Inde igitur fieri fatendum eſt, admiſſo etiam eo, quod nos prorſus impoſſibile eſſe contendimus, vt non entis, id eſt conditionis prorogatio aliqua fieri poſſit in longius tempus, ſi ea prorogatio facta ſit à contrahentibus ipſis (quo caſu innouata & immutata potiùs quàm prorogata conditio dici, meo iudicio, deberet) Nouum contractum eſſe, nouámque promiſſionem illam, quæ per eiuſmodi prorogationem inducitur, ideoque nullam omnino videri debet habere dependentiam à primo illo pacto de retrouendendo, quod mutuo contrahentium conſenſu initum fuerat, cùm poſterius hoc merè gratuitum ſit, & ex mera prorogantis emptoris liberalitate profectum. Proinde nec fieri poteſt, vt tempus prorogationis re vera ſit id ipſum tempus, quod priore pacto continebatur, nec cõſequenter eo colore admitti prorogatio facta per Principem, quaſi non ſit tam inhumaniter agendum cum venditore, vt tam facilè & ex ſolo lapſu temporis conuenti, priuandus ſit commodo pacti *De retrouendendo*, ſine quo non fuerat venditurus, nec aliud eſſe exiſtimandum eſt, etiamſi venditoris heres pupillus proponatur. Iam enim ſuprà diximus, & probauimus pupillarem ætatem nihil hîc facere, & rationes omnes quas proximè attulimus, vt appareat tempus redimendi, præſertim quod iam prorogatum ſit ab emptore, poſteà inuito eo iterum prorogari non poſſe, æquè locum habent in pupillo atque in maiore: & æquè in herede venditoris quolibet, atque in ipſo venditore. Quòd ſi quis dicat, meliorem eſſe debere hac parte conditionem pupilli aut minoris quàm aliorum, propterea quòd ea ætas faciat, vt reſtitui minor debeat contra lapſum temporis tanquam maior, & ex capite iuſtæ ignorantiæ, ſecundùm eam Bartoli & interpretum traditionem quam nos iam refutauimus, tanquam nihil interſit emptoris vtromodo minori venditoris heredi ſuccurratur, an per in integrum reſtitutionem, an per prorogationem is proculdubio etrauerit. Nam neque admitto poſſe pupillum reſtitui in integrum aduerſus lapſum temporis prorogati liberaliter, tametſi admitterem quod ſemper negabo, ſententiam Bartoli in tempore conuentionali veram eſſe: & quamuis in vtroque tempore vera eſſet, non tamen placeret argumentum à reſtitutione ad prorogationem, cùm longè alius effectus ſit reſtitutionis, alius prorogationis. Prorogatio enim ſi valeret, liberam daret pupillo facultatem redimendi in vltimum vſque inſtans temporis prorogati, reſtitutio verò in integrum etiamſi concedenda eſſet, non tamen eum effectum habere deberet, vt pupillo dandum eſſet exinde tantum temporis ad implendam venditionem, quantum per ignorantiam fruſtra tranſactum fuiſſet: alioqui eueniret, vt defuncto venditore altero poſt contractum die relicto anniculo, qui ex conuentione intra decennũ redimere rem debuiſſet: & impetrata per minorem reſtitutione vltimo vigeſimiquinti anni die, decennium adhuc penè integrum ei dari oporteret ad implendam conditionẽ, petendámque retrouenditionẽ: quod quàm abſurdum

dum ſit, nemo non videt. Imò etiam poſt triennium ab impleto anno vigeſimo quinto computandum, eam reſtitutionem adhuc competere dicendum eſſet ſi quando ex capite ignorantiæ competiſſet, quia quadriennium illud Iuſtinianeum quod in locum anni vtilis in petendis reſtitutionibus ſubſtitutum eſt, *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* licèt ex poſtfacto continuum ſit, tamen ab initio vtile eſt, nec currit ignoranti, ſed tantùm ex die ſcientiæ, ſi verum eſt, quod in eam legem hac de re interpretes tractant. Neque enim ex eo quod pupillus, minórque annis vigintiquinque poſteà maior effectus ſit, conſequens eſt vt ex primo anni vigeſimiſexti die cœperit ea ſcire quæ pupillus ignorabat, ſi non probetur ſuperueniſſe ſcientia. Nam etſi iam tùm cùm venditor moreretur qui intra decennium redimendi facultatem ſibi exceperat, heres hic maior fuiſſet annis vigintiquinque, tamen iuſtam alieni facti ignorantiam poſſet obtendere tanquam heres, *l. qui in alterius* 49. *De reg. iur.* Cùm igitur etiam poſt vigeſimũ quintum annum heres maneat, eadémque proinde ſubſit ignorantiæ cauſa, non eſt quod eũ pro ſciente habeamus, aut eò minùs reſtitutionem in integrum ex capite ignorantiæ ipſi denegemus. Aliáque cauſa eſt minora, vt vocant, irregularis, quæ ſolo minoris ætatis fauore & priuilegio contracta finitur cum ætate, *l. Tuia Seio* 87. *§. vſuras. de leg.* 2. Hîc enim etiam poſt finitam ætatem ſupereſt qualitas heredis quæ præteriti temporis ignorantiam ſemper retinet fouétque. Proinde admiſſo illo abſurdo, vt hoc caſu poſſit pupillus alióſve minor quilibet reſtitui tanquam maior ob iuſtam ignorantiam, illud omnino conſequi neceſſe eſt, vt etiam poſt centum annos ſi tam longo tempore poſſet viuere, admitti deberet, niſi me lio tempore pactum de retrouendendo ab ipſo venditore interpoſitum reſciuiſſe probaretur. Sed & eadem prorſus ratione dicendum eſſet maiori quoque dandam reſtitutionem ex eadem cauſa iuſtæ ignorantiæ quam prætendere poteſt tanquam heres, ſi quælibet ignorantia locum facere poſſet reſtitutioni, ac non potiùs ea tantùm quæ ex iuſta abſentia puta reipublicæ aut ſtudiorum cauſa induceretur *tot. tit. Ex quib. cauſ. maior.* Cæterùm vtcumque ſit, fieri non poteſt vt venditoris heres idemque pupillus reſtituatur in integrum aduerſus lapſum temporis cõuentionalis ex cauſa ſola iuſtæ ignorantiæ quin eo ipſo ſe obliget ad pecuniam, quæ faciendæ redemptioni neceſſaria eſt, ſtatim offerendam, cùm petendo reſtitutionem ſe ius ſuum ſcire fateatur. Alioqui quòd intra dictam diem non ſoluerit, ex eo potiùs profectum videri debet quòd pecuniam non haberet ad ſoluendum, quàm quòd ius ſuum ignoraret, ſi ne quidem nunc offert cùm petit reſtitutionem. Qui enim reſtitui vult propter iuſtam ignorantiam, hoc vnum contendit ſe ex ignorantia læſum fuiſſe, quia ſi ſciuiſſet, ius ſuum exequi potuiſſet, ob idque probare debet ſe habuiſſe otioſam pecuniam in numerato, aut ſaltem eius explicandæ rationem aliquam ad offerendum emptori, ſi ius ſuũ non ignoraſſet, vt appareat ex ſola ignorantia, non etiam ex inopia damnum contigiſſe. Multò igitur magis cogendus eſt cùm petit reſtitutionẽ vt tunc ſaltem pecuniam offerat, quàm ſi neget ſe in promptu habere, fatetur vtique hoc ipſo aduerſus nummotũ pecuniã, non aduerſus ignorantiam reſtitui ſe debuiſſe. Ex quo inferri poteſt, ſi prorogationem Princeps conceſſerit ex iis cauſis quæ reſtitutionem pupilli ex capite ignorantiæ excludere potiùs quàm inducere deberent, tantò minùs admittendum eſſe vt ea prorogatio fiat inuito emptore. Finge petendæ prorogationis cauſam illam

allegari,quòd non habuerit pupillus, nec etiamnum habeat quantum satis est pecuniarum ad extorquendam retrouenditionem. Non esset causa illa iusta petendæ restitutionis ex capite ignorantiæ,quin potiùs excluderet beneficium restitutionis,quam fatentur omnes in propolita specie non ex alia quàm iustæ ignorantiæ causa etiam pupillo concedi oportere. Excludere igitur debet eadem ratione auxilium prorogationis, quæ si vllo vnquam casu,illo certè vno & solo concedi deberet, quo restitutionis beneficium concedi posset:quamquam illud etiam verum est ,quod iam dixi, restitutionis auxilium multò fauorabilius esse, minúsque odiosum,quàm prorogationis, quoniam restitutionis iudicium vt & aliud quolibet etiam in inuitum exercetur *l.inter stipulantem* 83.§.1.*De verb.oblig.*Prorogatio autem non fit nisi inter consentientes , nec alis nocet quàm qui prorogationi consenserunt. Vt proinde dici verè possit nullomodo nullóque vnquam casu admittendas esse huiusmodi prorogationes:siue restitutio competat,siue non. Sed & finge, Principem vt prorogationis beneficium indulgeret, ex eo præcipuè motũ fuisse,quòd venditor eiúsve heres facultatibus lapsus proponeretur. Emptorem verò contra quem beneficium illud impetratum sit, æquè miserum & afflictum esse,dignúmq; cuius perinde misereri æquum sit, quis admittat succurri venditori aut heredi venditoris aduersus emptorem? Nam nec locus esse posset hoc casu literis illis moratoriis,quas *respirationis* vocãt, quæ tamen facilè & sine causæ cognitione concedi solent, tanquam quæ vel nullius vel permodici sint præiudicij. Rebuff.*De liter.dilat.art.*1.*glos.*1.*num.*25. post Math.de Afflict.*quæst.*377.Finge impetratam prorogationem in annum vnum quod tempus longius esse nec Cagnolus ipse diffitetur. Non debet valere prorogatio, ne quidem pro vno aut altero mense,posito etiam ita iure,vt in duos vel tres vsque menses ea prorogatio concedi potuisset, exemplo eius quod dicimus,Moratorias literas si in decennium differant,exactionem ne quidem pro quinquennio valere , quamuis pro quinquennio tantùm impetratæ valituræ essent. Sic enim idem Rebuff.*dict.glos.*1.*num.*6.*arg. cap.cui de non sacerdotali. De prab.in* 6.*l.si sponsus,*§.*generaliter.de donat.inter vir.& vxor.*Finge expositum fuisse Principi per venditorem eiúsve heredes quod prorogati temporis redimendi nihil interesset emptoris , quippe qui receptis quandoque numis suis nullam possit videri passus iniuriam *arg. l.cùm te fundum* 6.*in fin.C.de pact.int.empt.& vendit.*Aperta obreptio & subreptio est. An non enim emptoris interest ne inscius ignorànsque obligetur ab alio per prorogationẽ, quæ si nulla fieret nullomodo esset ille obligatus finito quandocumque tempore,ne quidem sub conditione? An non etiam interest illius vt rem à se emptam sibíque pleno iure & irreuocabiliter acquisitam retinere possit ,potiùs quàm datam à se pro pretio pecuniam recipere,si fortè,quòd semper euenit longè pluris res sit quàm quanti fuit vendita sub pacto de retrouendendo? Cur ergo pecuniam pro re accipere cogetur præsertim si non ei plenissima indemnitas offeratur. Nam & moratoriis tantùm literis impetratis omnimodo hanc præstari oporteret. Alioqui facile erit venditori fraudem comminisci ,& petere prorogationem eo fortassis tempore quo fructus nullos sperare possit ex re vendita , puta ab hostibus occupata,malitque pecuniam retinere quæ necessaria esset ad redimendum,oblaturus eam postea cùm liberata res erit ,& fructuosa , vt totius medii tem-

dij temporis & fructuũ & vſurarum commodum ita emptori aufferat, quẽ vtique æquum eſt pro eo damno quod ſentit ex amiſſis rei fructibus omne ſibi lucrum retinere quod ex iuſto contractu iuréque gentium ſibi quæſierit. Quid rurſum ſi prorogationis conceſſio cauſam illam habeat quòd non potuerit venditor eiúſve heres exigere à ſuis debitoribus, atque inde pecunias comparare ad offerendum intra tempus præſtitutũ? Non eſt cauſa probabilis. Neque enim fraudi eſſe debet ea res emptori, cui non poteſt imputari, quòd venditori debitores inopes ſint & egeni. Multò miùs, quòd non poſſint tam citò conueniri ob impetratas per eos à Principe literas moratorias, & annalis dilationis. Nam ſi iure impetratæ ſint, non habet venditor idémque creditor quod conqueratur, niſi proponas ab ipſo emptore, qui idem debitor ſit fuiſſe impetratas. Tunc enim per emptorem factum videretur, quominùs intra præfixum tempus conditio impleri per venditorem potuiſſet, ideóque proprium factum ei nocere deberet. Sin per iniuriam & ſine cauſa impetratæ dicantur, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem contingere *l. ſi per imprudentiam* 51. §. *D. de euict.* Præſertim cùm difficultas ſoluendi nihil commune habeat cum iure obligationis, nec excuſetur debitor à mora ob non impletam conditionem quæ in dando erat, tametſi per egeſtatem ſuam dare non potuerit, quia cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, vt Venuleius loquitur in *l. continuus* 137. §. *illud. De verb. oblig.* Sed & ſi non tam difficultas quàm impoſſibilitas in huiuſmodi conditione implenda verſaretur, cùm tamen ex alterius quàm emptoris facto ea impoſſibilitas proficiſceretur, non poſſet facere vt conditio haberi deberet pro impleta in præiudicium emptoris, per quem non ſtaret quominùs verè impleretur, ſiue conditio in dando conſiſteret, ſiue in faciendo. Nec aliud remedium impedito competere poteſt, quàm vt de indemnitate ſua agat aduerſus eum qui impedimentum attulit, maximè verò ſiſtit ille ſoluendo, vt tractat Bart. ad *l. in teſtamento ita erat ſcriptum* 31. *D. de condic. & demonſt.* Quid item ſi Princeps ipſe pecuniam debeat venditori nec velit aut commodè poſſit ſoluere? An iuſta illa cauſa erit concedendæ prorogationis? Minimè. Princeps enim quatenus priuatus priuatíque debitor eſt, cæterorum priuatorum iure vtitur, nec proprij lucri occaſionem captare ſolet ex alieno damno. Idém que dilemma locum hîc habere poteſt, quod in cæteris debitoribus venditoribus qui annalis dilationis literas impetrarint. Aut enim iuſtè fit vt Princeps differat ſolutionẽ eius quantitatis quã debet venditori, aut iniuſtè. Si iuſtè, nullam querelæ occaſionem habet venditor, nec eo magis tamen poteſt intendere prorogandum ſibi tempus redemptionis in necem emptoris, cui non æquè iuſtè ſuum ius auferri poſſit. Si iniuſtè, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem afficere. Quid ſi Princeps ideo differat ſolutionẽ à ſe debitæ quantitatis quòd in cauſam belli publici erogandum ſit quicquid pecuniarum vndequaque congerere poſſit: Nam hoc caſu receptum eſt vt propter publicam vtilitatem liceat Principi de plenitudine poteſtatis dominum aufferre quod alteri etiã ex iure gentium iã quæſitũ ſit. Sed ſiue ius dicendũ illud eſt, ſiue iniuria, non debet egredi perſonã vẽditoris, de cuius iure, & patrimonio diſputat, alioq; abibit res in infinitũ, ſi eo publicæ vtilitatis prætextu iniuria vẽditori facta ad emptoris incõmodũ trahatur, iſq; emptor habeat etiam creditores aduerſus quos idẽ auxilium poſtulet prorogationis. Quid.n. ſi creditores illi alios

Digitized by Google

quoque creditores habeant? Cur feramus vt non ius æquè noceat iniuria, quæ publicæ vtilitatis cauſam pro iure habet, atque noceret emptori, ſi à venditore progredi poſſet ad emptorem vſque? Atqui nemo dixerit debere eam rem nocere creditoribus creditorum emptoris. Ergo nec emptori ipſi nocere debebit. Quid item ſi venditor, qui poſtulat prorogationem, cauſetur, nó potuiſſe ſe tam facilè & intra redimendi tempora reperire emptorem hyperochæ, &, vt loquuntur, plurifualentiæ, fortaſſis propter belli in eo loco graſſantis incommoda? Non eſt audiendus. Nec enim arctari debet emptor vt quærat alium qui velit hyperocham emere eius rei quam ille ſibi iam acquiſitam habeat pleno iure. Præter id quod non ſatis certi apud me iuris eſt, quod interpretibus & pragmaticis placet, ius implendæ cõditionis cedi poſſe cùm omnium conditionum ea natura ſit, vt in forma, quod aiunt, ſpecifica debeant impleri. De quo tamen alibi dicemus. Quid denique ſi venditor aut venditoris heres fortaſſis etiam pupillus redimendi ius ſibi prorogari poſtulet ex ea cauſa quòd viliore pretio res vendita fuerit, atque ita futurum ſit vt grandi damno afficiatur pupillus ſi à redimendi iure tam breuis temporis præſcriptione excludatur? Ne quidem hæc iuſta petendæ prorogationis cauſa eſt, quia licuit emptori cùm emeret decipere in pretio venditorem *l. in cauſa* 16. *§. idem Pomponius. D. de minor.* nec remedium aliud vllum ſupereſt venditori læſo, niſi vt imploret beneficium *l. 2. C. de reſcind. vendit.* ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſum ſe conqueratur. Quo caſu ſiue conditionis ex lege, ſiue vt vulgò pragmatici putant, in integrum reſtitutionis nomine actio illa donanda ſit, nihil cauſæ eſt cur contra tam manifeſtas iuris regulas prorogatio temporis conuentionalis ei dari debeat, cui alio commodiore & ciuiliore remedio ſuccurri poteſt. Idémque obtinet, etiamſi læſio non enormis tantùm, ſed etiam enormiſſima, vt vocant, id eſt vltra pretij beſſem interuenerit in venditione. Quod enim pragmatici poſt interpretes tradunt fieri ex hac cauſa perpetuum ius redimendi quod ex conuentione fuerat temporale, tantò magis ſuadet, ne prorogationibus iſtis locus aliquis relinqui debeat, cùm etiam poſt finitum tempus & citra prorogationem futurum ſit vt liceat venditori ſuo iure vrgere retrouenditionem. Nec in hoc caſu, id eſt cùm læſio in pretio allegatur, ad impetrandam prorogationé aut reſtitutionem in integrum aduerſus lapſum temporis conuentionalis, ſeparandus eſt pupillus à maiore. Quandoquidem placet interpretibus non eſſe illum adiuuandum, niſi tanquam maiorem: nec ad aliud ei prodeſſe pupillaritatem, niſi vt pro ignorante habeatur, ex eóque capite iuſtæ ignorantiæ reſtitui poſſit quaſi maior. Inde namque fit vt non alterius læſionis allegatio ei prodeſſe debeat, quàm quæ poſſit maiori prodeſſe, id eſt quæ ſit vltra dimidiam, licèt in cæteris cauſis, hoc eſt, cùm reſtitutio imploratur ex edicto *De minoribus*, qualiſcunque læſio dum ne prorſus minima ſufficere poſſit ad inducendam reſtitutionem *l. nam poſteaquàm* 9. *§. ſi minor. D. de iureiur. & paſſ. tot. tit. De minor.* Ex iis igitur quæ toto hoc capite tam multa diximus, concludere licèt, ni fallimur, nullam ſatis iuſtam cauſam excogitari poſſe ob quam permittendum ſit venditori aut eius heredi quiſquis ille ſit, impetrare à Principe, vt redimendi ius quod iuſta conuentione intra certum præfixúmque tempus exerceri debuit, in longiorem diem prorogetur.

ERROR

ERROR NONVS.

Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum sit ab emptore intra tempora petendæ retrouenditionis.

VVLGARES interpretes & pragmatici qui Bartolum ducem se cuti, vt iam diximus, volunt restitui posse pupillum, aliúmve minorem quemlibet aduersus lapsum temporis conuentionalis non tanquam pupillum, sed quasi maiorem, solet subiicere exceptionem, si modò nihil prorsus cum eo gestum sit: Alioqui si vel minimum quid gestum proponatur, clamant omnes fieri locum restitutioni ex edicto *De minoribus*. In eámque sententiam potissimùm mouentur ex Pauli responso illo de quo tam multa iam scripsimus in superioribus in *l. Aemilius* 38. *D. de minor.* vbi Iurec. quàuis neget debuisse pupillam ab Imperatore restitui, propterea quòd pater eius non ipsa contraxerat, innui tamen potuisse Imperatorem non improbabiliter noueri ad cõcedendam restitutionem ex eo, quòd tutoribus pupillæ in pretij solutione cessantibus emptor denunciauerat vt soluerent, ideóque cum pupilla ipsa aliquid gessisse videbatur. Estque id consequens ei quod suprà docuimus non posse in proposita specie tractari de in integrum restitutione ex edicto *De minoribus*, quia edictum ad ea tantùm rescindenda pertinet, quæ gesta sunt cum minore; nihil autem gestum dici potest cum herede venditoris, siue pupillus, siue alius heres ille sit, licèt redimendi tempus inciderit in ætatem pupillarem. Inde siquidem videtur inferri posse à contrario sensu, si quid igitur cum pupillo vel alio minore gestum sit, dari dam esse ex minoris ætatis causa in integrum restitutionem. Hinc illa Bartoli distinctio ad *d. l. Aemilius*, communiter probata, vtrum denunciatio illa tutori facta sit ad pupillum interpellandum, & in mora constituendum, an verò iure protestationis, vt vocat, certificatoriæ, vt priore casu noceat emptori denunciatio, prositque pupillo ad obtinendam restitutionem, posteriore verò non noceat emptori, sed prosit potiùs, ad hoc ne pupillus quandoque possit dicere ignoratum à se fuisse id quod tutor suus sciuerit. Mihi verò traditio hæc probari nullomodo potest, non enim si quid gestum sit cum minore, facere potest vt minori concedenda sit in integrum restitutio nisi hactenus vt id ipsum duntaxat rescindatur, quod gestum est, nec præterea quicquam: vt quod in nostrorum brocardico est, Limitata causa limitatum producat effectum. Cur enim prætextu minimi fortasse negotij quod cum pupillo gestum sit, patiamur restitui pupillum aduersus illa etiam, quæ non pupillus ipse, sed pater eius gesserit? Itaque si ponas interpellatos fuisse ab emptore tutores pupilli vt in mora pupillus constitueretur, fatebor equidem posse restitui pupillum aduersus eam moram contractam per interpellationem si quid ex ea iuris sibi adrogare emptor velit: quia verum est hac parte aliquid gestum esse cum pupillo, sed non feram vt eo magis restituendum dicas pupillum aduersus lapsum temporis in eam conuentionem deducti, quam pater fecerat, & qua continebatur vt si intra biennium restitueret pretium venditionis, fundus sibi ab emptore retrouenderetur: quoniam interpellatio illa facere nequit, vt conuentio hæc cum pupillo inita esse videatur. Cùm igi-

tur neque interpellatio, neque mora vlla necessaria sit ad hoc vt redimendi ius quod non nisi conditionale, & temporale fuit, intercidat, solúsque temporis lapsus in hanc rem sufficiat, dico rescissa etiam interpellatione, saluam tamen superesse conuentionem cum pupilli patre initam, quæ facere debeat vt pupillus nulla ratione restitui possit, neque tanquam pupillus, neque tanquam maior, sicut nec pater eius si viueret restitui vnquam posset. Exemplo eius quòd licèt in dissimili specie Iulianus scribit in *l. cùm is* 32. §. *mulier. de condict. indeb.* mulierem quæ in ea opinione sit vt credat se pro dote obligatam, si quid dotis nomine dederit, repetere non posse, *quia*, inquit, *sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa ex qua solutum repeti non potest.* Sic n. & in proposita quæstione dici potest, sublato per in integrum restitutionem omni eo quod gestum est cum minore, superesse conuentionem factam à maiore contra quam nullus subsit color dandæ restitutionis. Rescindi enim quantum voles interpellationem quæ pupilli tutoribus facta fuit ab emptore: Numquam tamen assequeris vt peior esse debeat conditio emptoris quàm si nulla interpellatio facta esset: quo casu haud dubiè conditionis implendæ tempus pupillo cucurrisset, & quidem cum effectu ac sine spe restitutionis, non quasi mora per lapsum temporis contracta, quemadmodum vulgò creditur, (quia, vt suo loco disputauimus, nõ potest mora contrahi sine obligatione *l. si pupillus* 127. *De verb. obligat.* obligatio autem hîc nulla est offerendæ pecuniæ ex parte venditoris, cum nihil omnino emptori debeat, neque putè, neque in diem, neque sub conditione) sed propter defectam conditionem, quæ post elapsa tempora intra quæ oblatio posita in conditione fieri debuerat, impleri amplius numquam potest. Itaque denegabimus pupillo beneficium restitutionis non quasi interpellato & in mora constituto, sed tanquam ei qui citra interpellationem & moram solo lapsu temporis exclusus sit à iure redimendi ex verbis & sententia conuentionis factæ inter maiores. Neque verò alia Pauli sententia est in *d. l. Aemilius.* Nam quod ait de repetitis denunciationibus per emptorem factis ad extorquendam solutionem, non eò pertinet, vt ob eam causam facilius restitui pupillam debere existimet, sed vt habent verba ipsa legis, quòd venditor denuntiando post diem quo placuerat esse commissum, & pretium petendo, recessisse à lege sua videretur. Id enim generaliter verum est in tractatu *De lege commissoria*, vt post diem commissoriæ legi præstitutum si venditor pretium petat legi commissoriæ renunciasse videatur, nec posteà variare & ad hanc redire possit *l. post diem* 7. *& §. vlt. leg. præced. De leg. commiss. l. commissoria* 4. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Et certè magna valdeque efficax hæc ratio est, & ad quam vix scio quid pro emptore responderi commodè possit. Etsi enim constat, ita demum nocere venditori quòd post diem pretium petat, si pretium soluere emptor velit, non etiam si in mora perseueret: tamen cùm ea mora non nisi per tutores contracta esset, quibus denunciatum fuerat vt soluerent, quique postmodum suspecti pronunciati erant, præbebat ea res materiam in integrum restitutionis, ne sublata extinctaque per denunciationes illas post diem factas legis commissoriæ potestate, damnum pupilla sentiat ex facto tutorum magis quàm ex facto patris, qui contraxerat. Neque est quod post Bartolum quis dicat, non potuisse denunciationes illas venditori nocere tanquam factas extra iudicium & ante litem contestatam. Nam cùm lex

lex cõmiſſoria proculdubio ſit odioſa,vt & aliæ pactiones omnes quæ bonæ fidei contractum iam perfectum reſoluunt ipſo iure,non eſt dubitandum quin ei renunciaſſe videri debeat venditor,ſibique variandi facultatem ademiſſe ex quo pretium petit,licèt extra iudicium, & ante litem conteſtatam, quia hoc ipſo ſatis voluntatem ſuam declarauit ,ſi modò tunc ſaltem cũ de illo quæritur,an poſſit variare, offerat emptor pretium, nec diutiùs cunctetur. Abſurdum namque fuerit eam pro emptore interpretationem capere,quæ tueatur venditionem cui etiamnum parere emptor nolit. Ex qua ratione apparet,quod ab Imperat.decretum eſt in *d.l.Aemilius* dandam pupillæ reſtitutionem ſic accipi oportere,ſi pupilla ſtatim offerat pretium emptionis,nec aliud tempus ei dandum eſſe intra quod ſoluat, cùm iam præterierit dies intra quem ſolui omnino debuerat , ſi venditor à lege ſua non receſſiſſet. Neque tamen ratio illa Paulo probari poteſt,ideò fortaſſe(neque enim aperit quid ad eam reſponderi poſſit)quòd in tutorum poteſtate fuerit,quandiu ſuſpecti pronunciati non fuerunt, deteriorem facere conditionem pupillæ in acquirendis, licèt non ſimiliter in acquiſitis, vt tractat Molin.in *conſuet.Pariſ.§.13.gloſ2.num.2.* In acquirendorum autem numero hoc ius eſt , quod emptori poſt commiſſam venditionis legem ex pretij petitione acquiritur,vt à lege commiſſoria receſſum eſſe videatur. Tunc enim per huiuſmodi petitionem ius acquiritur emptori cùm ſatisfacere venditioni, pretiúmque ſtatim ſoluere emptor paratus eſt, aut is qui emptoris perſonã ſubſtinet,qualis tutor eſt,ex cuius perſona ſicuti lucrum ſentire vult pupillus ob denunciationes ipſi tutori factas, ita factum & contumaciam eius præſtare debet,aut potiùs ſibi imputare, vt mora quæ per tutorem in ſoluendo contracta eſt,per ipſum pupillum contracta exiſtimetur. Fieri enim nequit vt eundem actum,qui cum tutore geſtus ſit pupillus pro parte probet , pro parte improbet,ſed aut in totum agnoſcere debet,aut à toto recedere *l.cùm quæritur* 16.*D.de adminiſtr.tutor.* Præſertim cùm in hac ſpecie ius venditoris aut eius qui à venditore ſecundus emerat, non ex tutoris facto & contumacia proficiſceretur,ſed ex conuentione facta inter maiores. Illa namque tutoris in ſoluendo negligentia,& contumacia non ad fundandam venditoris intentionem alleganda eſt,ſed potiùs ad fundandam replicationem , elidendámque exceptionem illam *ſi non à lege commiſſoria venditor petẽdo pretium receſſiſſet.* Itaque ſublata per iuſtam replicationem exceptione, quæ ex venditoris facto poterat obiici aduerſus conuentionem ,quam pupillæ pater fecerat , ſola remanet conuentio , quæ haud dubiè ſi rectam verámque iuris rationem & æquitatem reſpicias, periculo reſtitutionis obnoxia eſſe non poteſt : quemadmodum dicimus iudicium bonæ fidei quod per exceptionem pacti deſtruebatur, reſtitui per doli replicationem per quam exceptio ipſa perimatur *l.3.C.de except.* Sublata enim exceptione per replicationem,ſola ſupereſt actio qualis primùm & ſui natura fuit, & conſequenter bonæ fidei ſi talis antea erat, vt explicauimus *lib. 4. Coniectur. cap.* 18. *&* 19. Cæterũ,ratio illa vel potiòs dubitatio Iureconſulti *quòd venditor denunciando poſt diem,quo placuerat eſſe commiſſum,& pretium petẽdo à lege ſua receſſiſſe videretur*, oſtendit manifeſtè non eandem dubitandi rationem futuram Paulo fuiſſe ſi ante diem commiſſoriæ legi præſtitutum denuntiationes illæ centies factæ fuiſſent, etiamſi ad tutores interpellandos

Digitized by Google

pupillúmque in mora constituendum. Quid enim possis imputare venditori, quasi negotium aliquod cum pupillo gerere velit, ob id solùm quòd tutoribus denunciauerit, vt satisfacerent conuentioni iam factæ cum maiore? Fateor non fuisse necessariam denunciationem ad hoc vt legi commissoriæ locus fieri posset, cùm totam vim suam & potestatem capiat ex venditione, quę facta fuit inter maiores, neque ad resoluendam ipso iure venditionem ob pretium non solutum mortuo intra diem emptore necessarium est pupillo tutorem dari vt per denunciationem tutori faciendam possit pupillus scire ea quę gesta sunt cũ minore, quia nec illud necesse est vt pupillus sciat, imò ne quidem vt pupillus aliúsve vllus heres sit emptori, qui sub lege commissoria contraxit, quemadmodum in superioribus à nobis disputatum est. Sed tamen si denunciatio ad abundantem, vt loquuntur, cautelam facta sit ne pupillus ignorantiam suam, licèt frustra & inniitè posset quandoque prætendere, dico non debere id nocere venditori, vt ob eam duntaxat causam restitui pupillus possit tanquam pupillus, quòd desinat posse restitui tãquam maior, cùm non aliam causam adferre interpretes possint, cur eum restituendum putent tanquam maiorem, quàm quòd non possit restitui tam quam pupillus. Denique hoc contendo, nullo prorsus casu fieri posse vt pupillus siue tanquam pupillus, siue tanquam maior in integrum restitui debeat aduersus lapsum temporis conuentionalis intra quod agi potuerat ex pacto ad rettouendendum. Nam neque restituendus vllomodo esset aduersus lapsum temporis legalis aut municipalis si de retractu legali aut municipali ageretur, vt pragmatici Galli attestantur, præsertim Molinęus *suprad.* §.13.*glos.*2.*num.*3. Lucius in Placitis, Cur. Paris. *Tit. De gentilit, redhib.* Ioannes Paponius in syntagmate *eod.tit.* Et ratio punctualis, quomodo Molinęus loquitur, & quam ille supradicto loco adfert, illa est quòd facultas retrahendi non fuit adinuenta, nec concessa per legem aut consuetudinem, nisi ad limites modi & temporis in ea expressi. Vnde hi limites pariter respiciunt, & afficiunt minores & absentes, & quoscunque alios. Nec potest quis vti ea lege & consuetudine nisi ad eius limites, & statutis modis & temporibus ab ea requisitis. Verba sunt Molinęi supradicto loco, nisi quòd de consuetudine nominatim loquitur non de lege, cuius tamen quin eadem ratio sit dubitari non potest, cùm nihil aliud consuetudo, quàm lex non scripta, siue in scriptum redacta fuerit, siue non. Multò magis autem in retractu conuentionali eadem ratio locum habere debet, quia difficilius prætor se interponit vt aduersus iustam conuentionem inter maiores factam restituat in integrum, quàm vt aduersus legis scriptę vel non scriptæ asperitatem, quia nec potentior aut fauorabilior lex vlla est quàm quæ à contrahentibus ipsis dicta fuit & constituta. Idque & Molinęus quoque supradicto loco insinuat non obscurè *num.*1.*ad fin.* in vers. *Etsi vlterius obiiciatur*, quamuis in eo erret cum cæteris quòd putat si quid vel minimum gestum sit cum minore dãdam ei restitutionem aduersus lapsum temporis conuentionalis inter ipsos etiam maiores constituti, ex *d.l. Aemilius* perpetam ab omnibus, vt nunc omnes fatebuntur, intellecta. Nec est contrarium quod Paponius eo ipso loco quem citauimus distinguit apertissimè retractum legalem aut municipalem à conuentionali, aitque denegandam pupillo restitutionem aduersus retractum illum legalem aut municipalem, sed concedendam aduersus conuentio-

uentionalé ex *cap.constitutus Extr.de in integr.restit.*Indeque ex pragmaticis noſtris pleroſq; erradi occaſionem ſumpſiſſe ſcio, vt putent aduerſus lapſum temporis conuentionalis reſtitui pupillum oportere. Omnino imperitè. Non enim de eo retractu Paponius intelligit, qui deſcendat ex conuentione à pupilli aut alterius cuiuſlibet minoris patre vel alio ipſius tutore facta, ſed de illo cui cauſam dederit contractus à pupilli tutore aut ab ipſo minore initus,De quo & in *dict.cap.constitutus.* Quo caſu nemo dubitat quin pupillo & minori cuilibet danda ſit reſtitutio, vt & aliis omnibus in caſibus quibus aliquid geſtũ ſit à tutore vel minore, quod pupillo aut minori dánum adferat. Sed obſeruandum tamẽ illud eſt quod pauci obſeruant, reſtitutionem hoc caſu dari non contra lapſum temporis conuentionalis, quod fieri per ipſam quoque rerum naturam impoſſibile eſt, ſed contra propriam conuentionem, cuius pars quædam fuit adiectio illa certi temporis & limitati. Ex quo fit tantò clarius, quod nos volumus, ſi pactum de retrouendendo ſub conditione illa reſtituendi intra certum tempus pretij inter maiores factum ſit, non magis admitti poſſe vt pupillus ſiue tutorem habens, ſiue non habens reſtituatur aduerſus lapſa redimendi tempora, ſiue tanquam minor, ſiue tanquam maior, quàm vt contra ipſam conuentionem à patre factam reſtituatur, contra quam tamen qui eum ob pupillaritatem reſtituendum putarit, ſiue tanquam pupillum ex edicto *De minoribus*, ſiue tanquam ignorantem ex edicto *De maioribus*, nemo hucuſque tam ignorans, ignarúſve fuit. Sed & illud ſummoperè à pragmaticis noſtris obſeruari velim, quod ſupradicto loco Molinæus ſuam illam,noſtrámque concluſionem,quæ pupillo denegat beneficium reſtitutionis etiam aduerſus retractum legalem & municipalem, ampliat indubitanter vt procedat etiamſi pupillus non poſſit habere efficacem regreſſum ad intereſſe cõtra tutorem qui non eſt ſoluendo. Quid enim referre poteſt eius qui non cum pupillo aut eius tutore, ſed cum patre contraxit, an pupilli tutor de quo tum nec cogitabat adhuc nec cogitare poterat, futurus eſſet ſoluendo nécne. Nam etſi cum ipſo tutore contractum ſit, & dolo quid tutor fecerit, non ſemper diſtinguimus an cautum ſit pupillo an non, & an tutor ſoluendo ſit an non, dummodò rem adminiſtret, inquit Vlpianus in *l.apud Celſum 4.§.illa etiam quæſtio.De dol.except. Vnde enim*, inquit, *diuinat is qui eum tutore contrahit?* Quam verò difficilius diuinare is potuit, qui non cum tutore contraxit, ſed cum patre? Placet etiam ratio illa Molinæi, quòd in acquirendis tutor, prælatus, & ſimiles poſſunt præiudicare minoribus, vel eccleſiæ. Hîc autem tractari de iure acquirendo impuberi non etiam de iure iam quæſito, ex eo apparet, quòd pupillus, ſiue prorogationem iuris redimendi poſtulet in longius tempus, ſiue in integrum reſtitutionem poſt elapſum tempus, non aliud agit, niſi vt acquirat ſibi obligationem & actionem aduerſus emptorem, id eſt vt emptorem ſibi obliget ad retrouendendum ſub conditione, & quidem ſub alia conditione, quàm quæ deducta fuerat in conuentionem: quod ſine noua conditione quæ veterem reformet aut potiùs deſtruat, certè fieri nullomodo poteſt. Neque valdè diſſimile eſt quod idem Molinæus tractat in *lib.2.Conſuet.Pariſ.§.52.gloſ.1.num.76.* Si cenſuarius ſit pupillus etiam tutore carens, & omnino indefenſus, qui proinde neque interpellari, neque in mora conſtitui vlla ratione poſſit, non

eo minùs contra eum fieri impedimentum & executionem, de qua ibi agitur, *quia*, inquit, *huiusmodi impedimẽtũ fit propter onus reale in rem non in personam, & est quædam manus iniectio nõ lucratoria, sed impeditiua dũtaxat in concessione rei retenta, nec censetur aliquod negotium cum persona geri*, &c. Quã tò magis igitur dicendum est, pupillo succurri nullomodo debere vt post tempus ex patris conuentione præstitutum admittatur ad petendam retrouenditionem? Hîc enim hoc plus est quàm in casu illo Molinæi, quod nihil fit, neque in rem, neque in personam pupilli, neque hic lapsus temporis lucratorius est, vt cum Molinæo loquar, sed impeditiuus duntaxat, & in ipsa rei acquisitione retentus ne amplius vnquam possit existere conditio, sub qua fuerat retrouenditio promissa: neque rursum aliquod negotium cũ persona geri intelligitur, sed tantùm finitur ex vtraque parte tempus elabi, quod retinere, & ne elaberetur prohibere, etiamsi maximè vellent, quibus tamen machinis possent? Sed & in casu Molinæi requiritur interpellatio aut saltem notificatio facienda censuario ad efficaciam illius impedimenti vt idem ille disputat ibi *num.* 74. quæ porrò fieri nulla potest pupillo tutorem non habenti & indefenso. In proposito autem nulla denuntiatione aut interpellatione opus est, ad hoc vt post tempus paterna conuentione præstitutum euanescat stipulatio aliáve promissio de retrouendendo facta sub conditione quæ intra tempus illud impleri debuerat, quæque iam impleti nunquam possit. Id enim fit ex vi & potestate sola conuentionis iustæ quæ in persona maioris, non modò initium sumpsit, sed etiam plenissimam perfectionem habuit, licèt non nisi suo destinatóque tempore effectum habere potuerit. Sed de tota quæstione ista iam nimis multa. Subiiciamus aliam disputationem, primámque Decadum nostrarum partem cum hac Decade, feliciter Deo faciente absoluamus.

ERROR DECIMVS.

De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori solutum est pretiũ rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat sine decreto.

TITIVS fundum Tusculanum quadringentis dignum vendiderat Sempronio aureis centum, interposito pacto de retrouendẽdo sub ea cõditione, si intra triẽniũ ea pecunia cũ *legitimis* accessionibus Sépronio restitueretur. Cũ Titio absente causa Reipublicæ nõ modò triẽnium illud effluxisset, sed etiã decenniũ penè integrum, atque interim Sépronius decessisset instituto herede filio impubere, eiúsque tutela & bonorũ omniũ administratione matri patruóque simul mandata, reuersus postmodũ Titius eundẽ fundũ mihi vendiderat, quasi redimẽdi ius sáluũ haberet, ex causa tã immodicæ læsionis, petita saltẽ in integrũ restitutione aduersus damnum quod ex lapsu temporis per absentiam suam passus fuisset, in eámque rem iuribus suis omnibus mihi cesserat, adeóque auxilio cõpetentis in integrum restitutionis, aut obiiciendæ simulationis, si ea mihi via magis placeret vt Sépronij heres fructus omnes, quos & ipse, & pater eius percepisset, tanquã ex pignore potiùs quàm

iustæ

iustæ emptionis titulo perceptos aut testituere aut in sortem imputare cogeretur. Ego cum pupilli Sempronani matre tanquã cum tutrice(quòd sola rem administraret, absente scilicet contutore testamentario qui in alia degebat prouincia) interuenientibus tamen adfinibus & agnatis plerisque bona fide transegerã nulla iũ mota lite:conueneratque vt fundus ille Tusculanus eo ipso pretio restituto quod Sempronius dederat, mihi retrouenderetur,subsecuta statim non solùm retrouenditione,sed etiã retrotraditione. Mater quæ se tutricẽ & testamento datã à patre, & à iudice confirmatam affirmabat,fide habita de pretio,totum sibi persolutum fuisse professa erat,accepto tamẽ à me chirographo, & in publici instrumenti fidẽ trãslato de pecunia illa sub vsuris certo die soluenda.Subinde solueram heredi, pupillares quidem,annos egresso, sed minori tamẽ annis vigintiquinque, quem mater nullisdũ redditis tutelæ rationibus, retentáq; vniuersorũ bonorũ administratione,procuratorẽ fecerat ad petendam accipiendámq; solutionẽ.Is procuratorio nomine solutionẽ & petierat, & acceperat, adhibito quoq; iureiurando pactóque de nunquam contraueniẽdo. Post annos aliquot maior factus, & intra tẽpora quidẽ petendæ restitutionis ex capite minoris ætatis, sed nulla tamẽ postulata, vindicabat fundum tanquã suum, vrgebátque fructuum cõdemnationẽ ex die occupationis indebitæ, vt pragmatici loquuntur, nec pretij à se accepti restitutionẽ vllã offerebat,propterea q̃ cõtenderet nulla id ex parte in rẽ suá versum fuisse. Quærebatur apud Senatum nostrum, an iure id ageret. Nõ deerãt ex pragmaticis nostris,qui iustã putarent, ritéque institutã actionẽ. Rationes quibus potissimùm moueri se dicerent, hæ adferebantur: quòd is fundus ex causa hereditaria pupillo acquisitus irreuocabiliter post elapsa tẽpora intra quæ retrouenditio peti potuerat, alienari à matre alióue tutore sine decreto iudicis non potuisset, obstante oratione Seueri de qua in *l.1.& tot.tit.de reb.eor.qui sub tutel.vel curat.sunt,sine decret. non alien.*non magis, quàm si pater eã rem sine retrouendendi pacto & onere cõparasset. Nã si neque tutori neque curatori permittendum est vt redimendi tẽpus à pupilli patre præstitutum proroget,q̃ ea prorogatio quædã veluti alienatio sit, vt ex Tiraq.diximus in quartum huius Decadis errorẽ, quantò minùs ferendũ est vt huiusmodi pactionis prætextu elapsis iam temporibus petendæ retrouẽditionis, liceat tutori vel curatori retrouendere nulla causæ cognitione, nullóque decreto præcedente? Nec quòd trãsactionis color quæsitus esset ad rem facere videbatur: quandoquidem vsque adeò interdicta est prædiorum pupillarium alienatio, vt nõ faciliùs per transactionem permitti possit quàm si alia quælibet contractus species proponeretur *l.non solùm 4. C.de præd. minor.*Hactenus enim tutoribus & curatoribus concessum est vt de pupillorum vel adultorum suorum rebus bona fide trasigant,si earum rerum possessionem quam iam habent retineant, aut quam non habent omittant, non etiam si quam habent amittant, & in alium transferant. Cui consequens erat vt heredi Sempronij eadem actio maneret, quæ mensura erat si retrouenditio nulla facta fuisset, *dict. l.* 1. §.1.*l. magis puto* 5.§.*penultim.de rebus eorum qui sub tutel.* Ergo etiam vindicatio,& in rem ipsam,non solùm in personam,vt scriptum est in *d.*§.*pen.*Secũda ratio erat,q̃ mater quæ se tutricẽ dixerat, neque tutelã apud iudicem suscepisse,neque iurasse,aut Velleiano,& secundis nuptiis renuntiasse, neq; satisdedisse,nec denique sollemne inuentarium feciſſe probabatur.Quæ om-

nia matri tutelam gerere volenti ex officio incumbere constat ex Iustiniani *Nouell.*118.*de hered.ab intest.venient.cap.*5.§.*ex his autem.*Capic.*decis.*50.incip.*in causa Iacobi.*Dec.in *l.fœminæ.num.*18.*de reg.iur.*Ac proinde omissis & neglectis iis, cum non possit videri mater legitima tutrix fuisse, consentaneum relinquebatur,vt quæ per eam gesta essent nullo iure consisterẽt, præsertim quòd ad damnũ & incommodum pupilli,quamuis eius commodo & fauore si vellet ille,defendi possent,vt tractat Afflict.*Decis.*262 *post.Alex.cõs.*129.*ponderatis,vol.*1.Tertiam rationem aduersarius afferebat, quòd etiãsi mater re vera tutrix fuisset, possessio tamen illa pretij accepti sufficere nõ possed ad acquirendam mihi liberationem non secuta vera numeratione, vt ex communi interpretum traditione defendit Andr.Tiraq.de *retract.conuent.*§.4.*glos.n.*32.*& seq.* Secuta autem numeratio, quę non tutrici facta esse, sed minori ipsi quem & eo tempore pupillũ fuisse aduersarius cõtendebat, multò minùs potuerat parere liberationem,cùm neque tutoris vel curatoris autoritas in ipso negotio & actu numerationis interuenisset (quomodo interuenire debuerat vt vtiliter interposita videretur, *l.obligari* 9.§.*tutor statim. D.de autor.& conf.tutor.l.si quis mihi* 25.§.*iussum D.de acquir.hered.*) neque pecunia in rem minoris versa probaretur §.*vlt.Instit.quib.alien.licet vel non,l.contra* 28.*D.de pact.l.pupillo solui* 15.D.*de solut.*iunct.*l.sancimus* 25.*C.de administr.tutor.* Mihi tamen & doctioribus plerisque quibuscum de iure meo contuleram,longè aliter videbatur. Nam primùm,quod ad institutæ actionis ius pertineret, dicebam,quod iuris est notissimi, vindicationem dominij de qua tractabamus(est enim pignoris quoque vindicatio,sed quæ tamen absolutè vindicatio dicenda non est *l.si fundus* 16.§.*in vindicatione.* D.*de pignor.*) non alij posse vnquam dari, quàm qui sit dominus iure gentium aut ciuili *l.in rem* 23.D.*de rei.vindic.* In proposito autem non poterat actor se dominum dicere, non tam prorpter factam à matre eadémque tutrice retroũdítionem, secuta etiam traditione,quàm illa potissimùm ratione, quòd eius pater Sempronius nunquam huius fundi dominus extitisset. Contractum enim illum, licèt venditionis titulo donatum,tamen simulatum & pignoratitiũ fuisse apparebat ex eo quòd omnia illa cõcurrebãt ex quibus interpretes pragmatici que omnes vno ore arguendam existimant simulationem vẽditionis, pactũ sc.de retrouẽdẽdo,modicitas pretij,& in persona emptoris cõsuetudo fœnerãdi sub eo vsuratũ modo,cui fructuũ ex fundo perceptorum modus & quãtitas respõdeat. Sic enim ex aliis quos penè innumeros cõgerit Andr.Tiraq.*in præf.de retr.conuent.num.*5. Ac de pacto quidẽ retrouendendi ex scripto & instrumentò constabat,de modicitate verò pretij ex locationum tabulis,quæ probabant eo ipso tempore quo facta venditio fuerat, pẽsionis pro fructibus debitæ modũ illum fuisse, vt ad decunces etiã vsuras ascenderet,cùm tamen fundus nobilissimus & dignitatis nõ mediocris titulo insignitus ex vsuratũ dũtaxat sextantiũ cõparatione æstimari iustè debuisset. Ea namque ferè certior & expeditior probandæ æstimationis ratio esse solet ex fructuũ quãtitate & valore *l.si fundus* 13.*in princ.* D.*de reb.eor.qui sub tutel.l.si fundum per fideicommissum* 92.*de leg.*1.Fructuũ autẽ quãtitas pro fundi aut regionis dignitate maiorẽ facere solet æstimationẽ. Fœnerandi verò cõsuetudo(cuius tamen probationẽ hac parte necessariã nõ esse multi defenderũt)partim per testes,partim per instrumẽta probari tã apertè poterat vt de ea dubitari nõ oporteret. Hoc verò ita cõstituto vt pignoris potiùs quàm

emptioni

emptionis cõtractus initus videretur, apparebat ex contractu pignoratitio dominiũ neque translatũ fuisse in Sempronium, neque transferri vnquã potuisse *l. cùm & sortis* 35. §. *vlt. D. de pign. act.* Proinde nec factum esse hereditarium defuncto Sẽpronio, nec pupillarem: quia & hereditarius & pupillaris ille est qui mortis tempore in defuncti hereditate, id est dominio reperitur, Hereditatem enim dixerunt veteres pro domino, sicut & heredẽ pro domino §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ. l.* 3. §. *idem Pomponius. D. de minor. l. de hereditate* 19. §. *pater.* vers. *non tamen. D. de castr. pecul.* Alioqui plus iuris à defuncto in heredem translatum esset, quam defunctus habuisset, quod iuris regulæ nõ patiũtur, nec consequenter ad hũc casum pertinere potest oratio Seueri De prædiis minorũ sine decreto nõ alienãdis, quã constat nõ habere locũ in fundo, qui vel pupillo, vel quod idẽ est, eius patri fuerit pignoratus, nisi eo demũ casu quo rei pignoratæ dominiũ ita fierit à defuncto, aut à tutore pupilli nomine impetratũ *d. l. magis puto* 5. §. *si fundus pupillo pignoratus, ill. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec quod is fundus re vera Sempronio traditus fuerat, ad rẽ facit. Nõ enim sola nudãque traditio dominiũ trãsfert si tradẽdi causa nulla sit, quã nec aliqua subesse sufficit, si nõ sit iusta & legitima, id est, quæ iure nostro habilis existimetur ad dominiũ transferẽdum, *l. nũquã nuda.* 31. D. *de acqu. rer. dom. l.* 3. D. *si vsusfr. pet.* qualis ꝓculdubio est causa emptionis veræ & iustæ *l. ex empto.* 11 D. *de act. empt.* Pignoris nõ itẽ, *l. pignori* 13. D. *de vsucap.* Ex quo facilè est intelligere quàm partũ aptè obiiceret aduersarius quod suprà diximus manere actionẽ pupillo integra quoties prędij venditio per tutorẽ facta est sine decreto ex *d. l. l. & d. l. magis puto.* §. *pen. de reb. eor.* Id. n. tũ verè dicitur cũ pupillaris fundus distractus fuit: Fundus autẽ pupillaris vt iã diximus, hic esse nõ põt, qui nũquã fuit in dominio pupilli. Fateor sufficere vt sit quasi pupillaris ad hoc vt nõ magis sine decreto distrahi possit quasi esset pupillaris, vt putà si eum pupilli pater aut tutor emerat bona fide quasi esset venditoris, cũ tamẽ re vera esset alienus. *d. l. magis puto.* §. 1. Nã & pro huiusmodi fundo publicianã habere pupillus posset aduersus omnes præterquã aduersus dominũ, tãquã si iã esset vsucaptus *l.* 1. & *tot. tit.* D. *de public in rem act.* §. *namque. Inst. de act.* Sed nego pupillarẽ aut quasi pupillarẽ dici debere eũ quę pupilli pater sub emptionis titulo ficto & simulato reuera in pignus acceperit, de quo retrouẽdẽdo, nec agi potest, cũ retrouẽditio supponat præcedẽtẽ actionẽ, sed de pignoris tãtũ iure luẽdo, quod ne fieri quadocunq; possit, saltẽ ad trigesimũ vsq; annũ, nemo vnquã dubitauit, *d. l. pignori*, vbi Bart. & alij tractãt. Atqui, inquies, pactũ intercessit de retrouendẽdo vt appareat necessariã fore retrouẽditionẽ, & qđ est antecedens, trãslatũ fuisse dominiũ à vẽditore in emptorẽ, *arg. l. ab emptione* 58. D. *de pact.* Ego verò cõsecutionẽ nego cũ pactũ ipsũ de retrouẽdẽdo sit etiã simulatũ, quippe qđ pars quædã sit vẽditionis, quæ ipsa, vt diximus, tota est simulata. Imò vel ob hoc maximè simulatũ videri debet pactũ hoc de retrouẽdẽdo, quod in causa præcipuè sit, vt venditionẽ dicamus simulatã: nec. n. sola modicitas pretij licèt fœnerãdi cõsuetudine accedẽte induceret simulationis præsumptionẽ si pactũ de retrouẽdendo nullũ intercessisset. Philosophorũ autẽ catholicũ illud est, nec prudentib. ipsis incognitũ ꝓpter quod vnumquodq; tale est, & illud esse magis tale, Quẽadmodũ nec quisquã dubitat quin plus valeat semp qđ agitur, quã qđ simulatè concipit, vt est in *rubr. C.* parũq; ꝓdest suppositũ nomẽ emptionis si re vera pignus cõtrahatur, *l. emptione* 3. *ill. tit.*

l.ſi ex pretio 6.c.ſi cer.pet. Inſtabis fortaſſe, neceſſarium fuiſſe decretum iudicis, & pleniſſimam cauſæ cognitionem adhiberi debuiſſe antequàm hic fundus à tutrice retrouenderetur, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſet an contractus emptionis in Sempronii perſona verus fuiſſet, an ſimulatus. Sed iam ſupra diximus in quartũ huius Decad. erroré, nihil id commune habere cum decreto quod ex oratione Seueri exigitur ad prædia minorũ vtiliter diſtrahenda. In eo namque verſatur interpoſitio illius decreti, & cauſæ cognitio, vt ſciatur, an vrgeat ęs alienũ, cuius exſoluendi neceſſitate, tandé eò veniendũ ſit vt prædium diſtrahi oporteat *d.l.magis puto.§.non paſſim.* Cæterùm ſi prædium neq; reuera pupillare fuit, neque quaſi pupillare, ſufficit quandocunque cognoſci & apparere de ſimulatione, quia nõ ex eo demùm tẽpore incipit emptio eſſe ſimulata, quo ſimulata pronunciatur, ſed per ſententiá quandocũque ſecutam, qualis ab initio fuerit emptio, declaratur: ac proinde nihil eſt quod obſtet quominùs ab initio etiá ſine decreto facta valuerit ſemper venditio eius prædij quod nunquá fuerit pupillare. Accedebat in propoſita ſpecie, quòd etiamſi emptio illa ſimulata nõ fuiſſet, id eſt quamuis neque pactũ de retrouẽdendo, neque fœnerandi cõſuetudo interueniſſet, tamen ex enormiſſima illa læſione quæ iuſti pretij non modò beſſem ſed etiam dodrantem excedebat nulla prorſus & inuſta videri debebat venditio, quaſi quæ contineret dolum in re ipſa dolo ex propoſito cõparandum, iuxta eá interpretũ receptiſſimá ſententiam quæ tradi ſolet ad *l.ſi quis cùm aliter 36.de verb.obl.* & quã Senatus noſtri decretis innumeris confirmatá fuiſſe certiſſimum eſt. Sic enim vulgò exiſtimant, ex cauſa huius doli qui in re ipſa eſſe creditur, nõ ſolùm reſcindendã eſſe venditionẽ, ſed pro nulla prorſus habendã reducto titulo ad nõ titulũ, adeò vt ad fructuũ omniũ quaſi nullo iure perceptorum reſtitutionem cõdemnari emptoré debere nõ dubitent, ſalua ei vſurarũ quincuncium pro rata ſoluti pretij vel petitione vel imputatione. Atqui ex venditione nulla dominiũ non transfertur *d.l.nunquam nuda*, quoniá emptio quæ nulla eſt, emptionis nomen nõ meretur *l.cùm vir.42.D.de vſucap.l.cùm lex 46.D.de fideiuſſ.* vnde illud eſt quod neque laudimium ex ea vllum debetur, cùm laudimii obligatio inducatur ex translatione illa dominii quæ fit per alienationem *l.vl.vbi not.c.de iur.empy.* nec niſi de poſſeſſione inter noſtros hoc caſu controuerti ſolet quàm quia facti magis eſt, quàm iuris, facilius eſt etiam ex nullo cõtractu transferri in accipientẽ, de quo noſtri tractãt ad *l.1 §.ſi vir.vxori D.de acq.poſſ.* Verum igitur eſt hoc caſu nunquam competiſſe Sempronio vindicationem, nec proinde ipſius heredi competere poſſe qui vtique plus iuris habere ex cauſa hereditaria nec poteſt nec debet, cùm ſuccedat in vitia defuncti, etiá ignorans, *l.cùm heres 11.De diuerſ.temp.præſcr.* ac multò magis ipſi nocere debeat vitium contractus, quod nõ tantùm contrahentis perſonam afficit, ſed ipſum etiá contractũ. Obſtabat quoque vindicanti aduerſario, vt ſaltem doli exceptione repelli deberet, quamuis ſine decreto adeóque ſine cauſa fundus pupillaris contra leges diſtractus proponeretur, quod pretii reſtitutionem nullá omnino afferebat, cùm tamen nõ modò aliqua ex parte, ſed totũ etiam pretiũ in rem pupilli verſum eſſe probaretur *d l.ſi fundus 13.§.quamquã autẽ.D.de reb.eor.qui ſub tutel.* vbi exceptionis huius concedendæ rationem æquiſſimá Paulus illam adfert quòd non ſit permittendũ pupillo vt lucrũ captet ex alieno damno. Plus dicebã, tametſi emptio illa neq; ſimulata neq; prorſus nulla fuiſſet, tamé læſionis tam immodicæ effectũ futurum illũ fuiſſe vt redimendus quod ex cõuentione temporale erat

conclu-

concluſumq; triennio, perpetuũ fieri debuiſſet hactenus ſaltem vt in trigeſimũ vſq; annum extenderetur. Nã & hæc receptiſſima noſtrorũ traditio eſt à Senatu quoq; noſtro ſæpiùs ac ſæpiùs adprobata, quã & Pariſ. Curiæ placuiſſe maximè in contractibus ſuſpectis refert And. Tiraq. *de retr. cõuent. §. 1. gl. 2. nu. 55.* referens etiã, probánſq; Barth. Chaſſan. qui in *Conſuet. Burgund.* ita ſcripſit *T. 1. De rẽtes vendues à r achapt. §. 1 col. 4. n. 21.* itémq; in *T. 1. de retrait 2 §. 10.* in verbo *a fait diligence, in fi.* vt in hoc ſaltem, inquit Tiraq. ratione quandam habeamus opinionis illorũ, qui ex modicitate pretii & pacto de retrouendendo reprobant contractum. Satis. n. ſuperque fauemus emptori, ſi dicamus, ex his duobus non reprobari quidem contractũ, ſed tamen reſcindi, vt ille loquitur, reſtituto quandocunq; pretio ſine vlla fructuum deductione. Et verò parũ intereſt emptoris an emptio reſcindatur ex cauſa enormis & immodicæ læſionis, beneficio *l. 2 C. de reſcind. vẽd.* an potiùs redimendi ius alioqui tẽporale perpetuetur, cùm vtroq; caſu idẽ eueniat, vt res emptori auferatur, & pretiũ ei reſtituatur, niſi quòd fauorabilior & expeditior videtur ratio illa perpetuãdi iuris ad redimendũ competẽtis, per quã ſc. venditio tota cõſeruatur integra, cuius reſciſſio non poteſt eſſe non odioſa: quãuis Tiraq. reſcindi eam dicat hoc ipſo quòd ius redimendi perpetuatur cõtrà quàm in vendendo cõueniſſet. Ergo quemadmodũ ſi retrouẽditio facta eſſet intra triennũ quod venditionis lege fuerat præſtitutum, dubitari nõ poſſet, quin liceret tutori fundũ illum quantumlibet pupillaré retrouẽdere etiã ſine decreto quia hic caſus ex eorũ numero eſt in quibus decreto nullo eſt opus, *l. 1. C. quãd. decr. opus nõ eſt.* Ita & fateri cogimur nullũ hîc fuiſſe neceſſarium decretũ: non magis, quàm ſi pupillus ipſe vellet ſine decreto fundum reddere quẽ pater ſtipulanti ſpopondiſſet, aut inconſulto prętore peragere cętera vẽditionis, quã pater feciſſet *d. l. magis puto 5. §. ſi pupillus. & ſeq. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nam ſi quis tentare velit debuiſſe præcedere declaratoriã, vt pragmatici loquuntur, de perpetuando iure redimẽdi, antequam tutor id pro perpetuo aut perpetuato habere potuiſſet, is proculdubio erraverit. Si. n. tutor ſibi conſcius ſit, & iuris & facti. i. ſi tã enormem & immodicã læſionẽ eſſe ſciat vt in dubiũ eam reuocare non poſſit, ſciat etiam ex peritiorum conſilio ita iudicari à Senatu ſolitum eſſe, vt ea cauſa redimendi ius fiat perpetuum, aut vt aduerſus damnum, quod ex lapſu tẽporis contigit, reſtitutio in integrum dari poſſit ei qui abfuit Reip. cauſa, *l. 1. & tot. ti. ex quib. cauſ. maior.* Rogo cur iniuſtã pupilli nomine litẽ ſuſcipere, & inanibus ſumptibus pupillum diuexari patiatur? Neque. n. bonã fidem etiã extra iudicium agnoſcere tutor prohibetur *l. quoties tutor 9. §. ſicut autẽ.* vbi eſt textus perelegans. D. *de admin. tutor.* Præſertim verò ſi ex litis euentu maius dãnum pupillo timere debuit: quod hîc euenit. Nã ſi hoc caſu pupillus ſententiã iudicis expectaret, haud dubiè probata tã enormi læſione condẽnandus eſſet non tantùm ad retrouenditionẽ faciendã, ſed etiã ad fructus omnes quos & ipſe & pater eius percepiſſet aut percipere potuiſſet, quaſi nullo iure perceptos omnimodo reſtituendos, aut, quod effectu idẽ futurũ erat, in ſortẽ imputandos, atque ita eueniret vt pro centũ aureis, quos Sempronius Titio numeraſſet nõ niſi quinquaginta pupillo reſtituerentur, qui ex fundo illo per decennium integrum centum aureorum fructus percepiſſet iuxta eam ſententiam quam & à pragmaticis inductam, & in tribunalibus receptam eſſe diximus *Decade 9. Error. 9.* Neque enim eſt quod quis nugetur, pupillum ſuccurrendum eſſe propter ætatem vt cùm eo mitiùs

agatur ne cogendus sit pati restitutionem illam fructuum aut imputationē. Nam cùm hæc siue restitutio, siue imputatio proficiscatur ex vitio contractus, cui dolus defuncti siue verus, siue præsumptus, siue ex proposito, siue in re ipsa, causam dederit, vt contra pragmaticos ex ipsorum pragmaticorum traditionibus disputemus, quis admittat fieri posse, vt pupilli ætas & fauor qualitatem contractus immutet? Non magis vtique quàm vt alterius cuiuslibet heredis ignoratio vitia defuncti excludat *d. l. cùm heres* 11. *D. de diuerſ. tempor. præſcript.* Itaque negari non potest quin pupilli negotium vtiliter gesserit mater, quæ fundum hunc mihi retrouendidit eodem pretio quo à pater pupilli numerauerat, centum aureorum; nulla fructuum aut restitutione aut imputatione diminutō. Et verò quid interest an redimendi ius perpetuum fuerit ex conuentione, an ex legis potestate, vt mater, quæ retrouendidit maximè bono illo consilio, vt à fructuum restitutione vel imputatione pupillum suum liberaret, nihil contra filij vtilitatem, nihil etiam contra leges fecisse videatur? Hinc autem inferri etiam poterat, quàm inanis & futilis esset ratio illa, quæ contra me afferebatur, quòd mater tutrix non fuisset, propterea quòd neque confirmata esset à iudice, neque iurasset, neque sollenne inuentarium fecisset, nec denique satisdedisset. Nam etiamsi ea omnia maximè vera fuissent quæ ex facto potiùs falsa probabantur, mihi tamen nocere minimè debuissent, quia quod dici solet, nō posse tutorē administrare, aut in re pupilli quicquá facere priusquàm ea omnia peregerit quæ ad tutelam ritè suscipiendam pertinent, nisi si quid sit quod dilationem nec modicam expectare possit, vt Vlp. scribit in *l. tutor. qui repertorium* 7. *D. de adminiſtr. & peric. tutor.* tunc locū non habet cùm in pupilli commodum & vtilitatem negotium à tutore gestum est, ne aliter posito iure eueniat vt quod fauore pupilli constitutum est, in eius odium retorqueatur. Boer. *quæſt.* 62. *in fin. & quæſt.* 124. Aufrer. ad *Deciſ. Capell. Tholoſ.* 92. Guid. Pap. *quæſt.* 330. Idémque est etiamsi nullum pupillus ex eo tutoris facto lucrum sentiat, dum ne quid aliud tutor fecerit, quàm quod vt vel inuitus facere ex iuris ratione cogi potuisset. Quid enim est quod huic tutori possis imputare, aut in quo pupillus læsus esse videatur? Nam etsi pupillus ipse non solùm sine prætore, sed etiam sine tutore quid fecisset in executionem contractus paterni, & quod pater ipse si viueret facere deberet, non eò minùs ex facto suo teneretur *d. l. magis puto. §. ſi pupillus & ſeq. De reb. eor. qui ſub tutel.* Sed neque verum est matrē, quæ testamento tutrix data sit, confirmatione vlla indigere qua nec alius tutor vllus, qui modò bene ritéque datus esset, indigeret, vt probauimus in *Decad.* 3. *Error. vlt.* Sicut nec satisdare tenetur, cùm habeat pro se iudicium defuncti, quod decreti vice & loco esse potest *l. teſtamento* 17. *D. de teſtam. tutel. §.* 1. *Inſtit. de ſatiſd. tutor.* Neque rursum cogitur mater iusiurandum illud interponere, de quo Iustinianus in *Nouell.* 110. *De hered. ab inteſt. venient cap.* 5. incip. *ex his autem*, quoniam ea sollennitas recessit ab aula, vt interpretes & pragmatici omnes fatentur. Cogitur sanè iurare vt & alius tutor quilibet se rem pupilli bene & ex eius vtilitate administraturum, sed non facit illa omissio vt si benè & vtiliter administrauerit, ob id minimè valere debeant quæ ab eo gesta sunt, quòd non iurauerit. Plus enim præstat qui facit, quàm qui iurat se facturum. Inuentarium autem conficere etsi tutores omnes debent, nec priùs quicquam attingere, ne dolo in litem contra eos iurari possit *d. l. tutor*, tamen qui non fecit, re-

cit,remouendus ex ea cauſa potiùs eſt tanquam ſuſpectus, quàm vt reſcindi debeant ea omnia quæ circa pupilli perſonam aut patrimonium fideliter vtilitérque geſſerit, *vt ſupradicta queſt.124.* Boerius tractat. Tum verò quid ſi pater inuentarii confectionem, vt fieri ſolet, adeóque rationum redditionem matri de qua confidebat,remiſerit? Fateor non ex eo fieri vt nullum prorſus inuentarium conficere,nullásque rationes reddere mater debeat,ſed tantùm vt à ſcrupuloſa reddutione liberata intelligatur,ſi non præterea matri legatum ſit quicquid ex tutelæ cauſa debere poterit *l.ita autem 5.§.Iulianus,alias l.quidã decedens. D.eod.l.ſi quis 9.l.Aurelio 20.§.1.l.Aurelius 28.§. Titius D.de liber.legat.* Sed tamen dico in hoc caſu matrem quæ patris voluntatem & iudicium ſecuta ſit, non ob id minùs tutricem fuiſſe videri debere quòd inuentarium nullum fecerit. Quãquam in ea ſpecie de qua tractabamus proponebatur mater defuncto marito iudicem adiiſſe,& narrato per ſupplicem libellum teſtamento quo pater matri partuóque ſimul, vt diximus, tutelam mandauerat,petiiſſe vt dum patrui in alia prouincia degentis reditus expectabatur, inuentarium conſcriberetur, ne quid ſibi poſſet imputari,& impetrato in eam rem iudicis reſponſo inuentarium illud fieri curauerat.Denique ſufficiebat quòd mariti teſtamento tutrix communium liberorum effecta ſupremam defuncti voluntatem precibus iudici oblatis agnouiſſet,omniáq; tanquam tutrix geſſiſſet,ex bona fide pupillorúmque vtilitate,nec ſolùm extra iudicium, ſed in iudicio quoque ſiue ageret pupillorum nomine,ſiue conueniretur.Sola itaq; ſupereſſe videbatur illa quæſtio, an pretiũ retronenditionis,ſiue matri,ſiue filio ipſi ſolutum quod in rẽ eius verſum non probaretur,bene rectéque ſolutũ videri oporteret,ex eáque ſolutione mihi liberatio contigiſſet.In qua quęſtione illud quidẽ ſtatim occurrebat quod aduerſarij obiiciebant,neq; pupillo, neque minori bene ſolui ſine tutoris aut curatoris autoritate,nec liberationẽ ex ea ſolutione cõtingere, niſi quatenus locupletior pupillus minórve factus eſſe proponatur §.*nunc admonendi. Inſti. quib.alien.licet vel nõ l.ſancimus 25.l.cõſtitutionẽ 27.C.de adminiſt.tutor.* Tutoris porrò autoritatẽ in ipſo negotio & actu interponi neceſſe eſt,*l.obligari 9. §.tutor ſtatim D.de autor.& conſenſ.tutor. l.ſi quis mihi bona 25.§.iuſſum. D.de acq.her.* Etſi autẽ ius hoc diſtinctiones quaſdã recipit in minore, ſi Io.Imberto credimus aliam rationẽ conſtituenti eius,qui decimũ octauũ ætatis annũ iam exceſſerit,aliã eius qui nondum attigerit, vt præſumendus hic ſit pecuniam ab alio acceptã malè cõſumpſiſſe, ille cõtrà vtiliter & in rẽ ſuã impendiſſe (quæ tamen diſtinctio ſicuti prudentibus omnibus fuit incognita, ſic nec vllã habet rationẽ,) in pupillo tamẽ generaliter & indiſtinctè verũ videtur non poſſe ei ſolui ſine tutoris autoritate, videriq; perdituro dari pecuniã, quæ pupillo datur,vt proinde ex eiuſmodi ſolutione vix vlla poſſit vnquam liberatio contingere,ſi nõ probetur pecunia in rẽ pupilli verſa.Sed reſpondebam cõcurrere hîc quàm plura,quæ facerent ne dubitari poſſet,quin ſolutio ſiue minori,ſiue etiã pupillo facta prodeſſe mihi deberet ad pleniſſimã liberationẽ.Prima illa erat,& præcipua, quod ego minori ſoluerã tanquam matris ſuæ eiuſdémque tutricis & adminiſtratricis procuratori. Inde namque fiebat vt perinde habenda eſſet ſolutio illa acſi matri ipſi facta fuiſſet. Quo caſu ſi mater poſteà numos filio impuberi perdendos dediſſet, nihil tamen eſſet quod mihi imputari oporteret, ſed matri potiùs quæ minorẽ,adeóque ſi voles impuberẽ filium procuratorẽ conſtituiſſet ad pecuniam exigendam.

Factum denique & periculum hac in re matris est non pupilli, & consequenter non magis quærendum erat, an in rem pupilli versa esset pecunia, quàm si mater solutionem accepisset. Vnde illud etiam est quod dicimus, minorē qui tanquam procurator maioris negotium alienum gesserit, in quo aliqua læsio interuenerit, restitui in integrum non posse, quoniam ea ratione non minori, sed maiori contra prætoris mentem edictique verba succurreretur, cuius damno res cessura sit, præterquam vno illo casu, si euentu damnum minor passurus fuerit, quia quod præstiterit seruare ab alio non possit, qui fortè non sit soluendo *l.3.§.vlt.& l.4.l.cùm mandatu* 23. *D.de minor*. Scio equidem non posse impuberem constitui procuratorem ad lites tractandas: ad negotia verò nō facilè si obtentu ætatis nihil cum eo gerere velit is ad quem mittitur procurator: quia iudicio caret illa ætas, & ea etiā quæ videt, ignorat. Verùm si is qui cum maiore gerendam rem habeat, pupillum velit admittere procuratorem, præsertim ea in re, in qua solo facto, nudóque tradendi aut accipiendi ministerio magis quàm certo iudicio opus sit, nihil est vtique quod prohibeat quominùs & procurator esse ad negotia & solutionem accipere possit, eritque potiùs quod ei imputetur qui pupillo mandatum dedit, quàm ei qui pupillum procuratorem admisit, in eámque rē apertissimus & accommodatissimus textus est in *d.§.vlt.l.3. De minor*. iunct. *l.1.§.pupillus.* 13.D. *de acquir.possess.* Atqui constat solutionem tutori factam pupilli nomine párere soluenti liberationem, & quidem omnimodo, id est, siue pecunia illa in rem pupilli versa sit, siue non, & ipso iure, vt ait Paul. in *l. Lucius* 46.§. *tutela. de admin.& peric.tutor.* Neque enim malè contrahitur cum tutoribus, etiamsi non sint soluendo, inquit Vlpianus in *l.4. in fin.de euict.l.cùm plures* 12.§.1.D. *de admin.tutor.* Quid.n. diuinare possit is qui contrahit bona fide cū tutore? *l. apud Celsum* 4.§. *illa etiam quæstio* 23.D. *de dolo mal.excep.* Aut cur debeat curiosus esse vel anxius quā in rē tutor acceptam pecuniā sit impensurus? *arg.l.doli exceptio* 19.§. *vlt. D de nouat.* Curiosus & anxius is tantùm esse debet, qui contrahit cum persona suspecta, vt putà cum muliere quā scit aut scire debet non posse ita contrahere, vt alienā in se suspiciat obligationē *l.vir.vxori* 17. *in fine princ.* D. *ad S.C.Vell.* At tutoris persona suspecta numquā esse potest ei qui cum pupillo aliquid gerendū habet, imò nec eius qui pro tutore gerat. Sufficit enim vt rem administret *d.§. illa etiam*, eandémque fidē & diligentiam præstet quā tutor verus præstaret, vt Pompon. loquitur in *l.pen. D. de eo qui pro tutor.* Dicam amplius, etiamsi falso tutori facta solutio sit, adhuc idē esse, perindéque liberationem cōtingere, eo nimirum casu quo illi ipsi falso tutori non alij obligatus debitor fuit. Affl. *Decis.*147. quidā gerebat ex Bar. in *l.filius*, C. *de pact.* & in *l.eū qui* §.1. *nu.*2. *de verb.obl.* Cùm verò in proposita specie Sempronii filium, nō pupillum, sed puberē, licèt minorem solutionis tēpore fuisse contenderem, apparebat minùs dubitandum esse de solutionis potestate, maximè quòd iusiurandū interuenisset *de numquā petendo.* Constat enim ex eiusmodi iureiurando nō solùm obligari puberē, qui iurauit, sed etiā confirmari validúmque fieri contractum qui alioquin propter legis prohibitionē ipso iure nullus esset, *vulg. Aut.sacramēta puberū. c.si aduers.vend.* Hactenus saltē vt citra auxiliū restitutionis in integrum audiri nō deberet, quantacumq; læsio interuenisset. Porrò quæstio illa, an pretiū in rē minoris versū esset nēcne, ad læsionis probādæ vel excludendæ causam duntaxat pertinebat, non ad contractus validitatem aut nullitatem inducēdam. Id enim est quod interpretes tractant ad *l.prædiorum.* c. *de pred minor.*

Digitized by Google

in venditione rerum minoris aliquando læsionē interuenire in eo ipso quòd minor vendiderit rem quam vendere non expediebat; aliquando in eo quòd pretium malè consumpserit. Ergo ad illum casum pertinet ea quæstio quo de iure in integrum restitutionis agi oporteat: quæ tamen cùm nulla hîc petita esset, neque verò peti posset, quia, vt diximus, minor pro matre maiore contraxerat, nihil aliud dicendum superebat, nisi vt vindicanti minori saltē doli exceptio obiici deberet. Numquam enim præsumptio est pro minore, quòd pecuniam acceptam perdiderit ad transferendam in aduersarium probationem vtilis in minoris rem versionis, nisi cùm solutio facta est minori ex causa contractus inutilis & legibus improbati, *l. patris 27. § si pecuniam & seq. D. de minor.* Hic autem solutio bene rectèque facta fuerat, saltem ob accedentem interuenientis iurisiurandi autoritatem. Nam si iusiurandum in venditione adhibitū confirmat venditionem, quantò magis confirmabit solutionis perceptionem? Minori siquidem prohibitum est oratione Seueri & Senatusconsulto quod ad eam factum est ne prædia sua distrahat, ne verò solutionem accipiat, prohibitum non est. Idque verum est admisso etiam eo quod aduersarius meus vindicandi fundi à tutrice retrouenditi ius haberet. Quāquam nec fieri poterat, vt vindicandi ius ei superesset qui pretium accepisset subiecta iurataque pactione de non petendo cùm ipsam quoque venditionem ratam habuisse videretur, non secus ac si ille ipse cū iureiurando vendidisset. Illud enim constat eū, qui rei suæ ab alio venditæ pretiū petit, licèt tāquā procurator venditoris, hoc ipso ratam habere venditionē, nec eā posteà impugnare posse *l. seruum Titij 49. vbi Bart. notat. D. mandat.* Quid ergo interest, an iusiurandum in apocha & accepti pretij professione adhibitū sit, an in ipsa venditione? Nā si non cauillamur, an non magis periurus est qui vindicat rem cuius pretium accepit, qđ numquā petiturum se promiserat, quàm si pretium peteret? Maiorē enim facit iniuriā emptori, qui mallet vtique bis pretium soluere quàm soluto iā pretio præterea re carere, atq; ita & rē & pretium amittere. Rursum nihil vetat venditionem prædij pupillaris quæ ab initio malè facta sit ob omissam decreti sollennitatē, posteà ratā haberi à maiore atq; ita irrenocabiliter confirmari *tot. tit. C. si maior. fact. rat. habuer.* Et *tit. si maior. factus alien. sine decret. fact. rat. hab.* Accedebat, quòd accepti pretij restitutionem nullā minor hic offerebat, ne pro ea quidē parte quę in rem eius versa probaretur. Dices, nō esse cogendum minorem proprio nomine vindicātem, vt eā pecuniā restituat, quā non proprio sed procuratorio nomine acceperit. Respōdeo, imò verò cogēdū esse nō solùm q̄ pretiū accipiendo vēditionē ipsam, vt iā dictū est, ratā fecerit (quæ res eū obligat ad illa omnia ad quę obligat° esset si ipse vēdidisset, qa ratihabitio facit & cōstituit eius negotiū, *l. si pupilli 6. § item quæritur. 9. D. de neg. gest.*) sed etiā qa nō extranei ꝓcurator fuerat, sed matris eiusdēmq; tutricis, & administratricis, quę si ipsa pretiū accepisset, filiū vt q̄ siue impuberē, siue puberem, sed minorem obligasset ad pretij restitutionem in casum petitæ in integrum restitutionis: quia mater quæ filij tutelam aut curam gerit, personam ipsius sustinet ac repræsentat, perindeq; ab ipso minore gestum videri debet quod à matre aut ab alio quolibet matris nomine gestum est, atque à matre ipsa, quod eius nomine filius minor tanquam procurator fecerit. Et, vt dicam apertiùs, eadē prorsus ratio cōstituenda est minoris, qui venditionis ꝓ matrē factæ pretiū accepit procuratorio nomine, iurauitq; numquā se contrauenturū, quæ constituenda esset, si is præsente matre curatrice cū iureiurādo vēdidisset, nisi q̄ priore casu tutiùs contrahitur cum minore, ne possit ille vnquā in integrum

restitui,nec si læsio,vt dixi,quantacúque interuenerit,si modò indemnitatem consequi possit ab eo cuius fuerit procurator ,qui tamen si proprio nomine præsente curatore etiam cum iureiurando vendidisset ,nihilominùs restitueretur , etiamsi mater quàm maximè soluendo esset *l.2.vlt.& pass.C.si tut.vel curat.interuen.*Replicabis,Minorem qui curatorem habeat comparari pupillo ex *l.si curatorem 3.C.de in integr.restit.minor.*Itaque minoré hoc ipso quod se tutricis suæ procuratorem dicit,fateri se quodammodo pupillum , nec proinde ex iureiurando suo efficaciter obligari , cùm noua Friderici constitutio ad puberum duntaxat,non etiam ad impuberum pertineat sacramenta. Sed iam probaui non aliam rationem esse pupilli,quàm minoris cuiuslibet, adeóque maioris cùm contrahit tanquam procurator ,vt nimirum nullo casu restitui possit , si non effectu ipso damnum sensurus sit , licèt iusiurandum nullum interuenerit ex *d.l.3.§.vlt.cum l.seq.& l. cùm mandatu.* 23.D. *de minor.* Deinde pragmaticorum nostrorum error ille est , quòd putant , minorem qui habet curatorem vsque adeò comparandum pupillo ,vt non magis ex iureiurando proprio obligetur , quàm si reuera pupillus proponeretuur , quem nos refutauimns *Decad.6.Err.9.*Non enim quòd curatorem habet,facit eũ pupillũ,sed tantùm vt pupillo cõparetur , & quidem in quibusdá,id est in alienatione rerum suarum de qua in *d.l.si curatorem* non etiam in omnibus, vt ex eo constat quod puberes tametsi curatores habeát sine curatoribus suis rectè obligantur , *l. puberes* 101. D *e verb.obligat.*Impuberes verò sine tutoribus non item *l.obligari.9.*D.*de autor.tutor.*Quòd si rursum obiicias , matrem quæ pupilli tutrix fuit desinere tutricem esse filij pubertate , dica matré cui patet non solùm tutelá,sed etiam vt in proposito administrationé totá mandauerit,curá quoq; mádasse videri post finitam pupillaré ætatē præsertim quádiu tutela per matrem non esset reddita , matérque in administratione consentiente filio perseuareret.Nam & in cæteris tutoribus omnibus etiam datis à iudice ad tépora vsque pubertatis,idem vsuuenit ,vt quandiu tutelæ rationes nõ reddiderunt,periculo administrationis obnoxii remanent tá de neglectis,quàm de administratis,perinde acsi tutores adhuc essent , licèt curatores esse nequeant,etiamsi maximè velint.Id enim est quod Callistr.scribit in *l.á tutoribus* 35.§.1.D.*de admin.tutor.* officiũ tutorum curatoribus demùm cõstitutis finẽ accipere,ex eóque tépore omnia negotia quæ à tutoribus gesta sunt ad fidé curatorũ pertinere : vt intelligamus quandiu curatores nulli cõstituti sunt, tutoris & officiũ & periculũ durare:& cõsequenter multò magis ex tutore curatorẽ fieri eum,cui eodé testamento & tutela & cura verbis expressis mandata fuit,aut quod effectu idé est , administratio (quo vno nomine nõ minùs cura,quàm tutela cõtinentur) cùm neque minoris,neque eius qui tutor fuit,intersit an quasi tutor cõueniatur , an quasi curator , vtraque actione easdé præstationes idémque tacitæ hypothecæ priuilegiũ habẽte vt tractant nostri ad *l.pro officio* 20.*C.eod.*Sed & in proposita specie dicebá nõ esse quærendũ an in rẽ minoris versa esset pecunia nécne , quoniá nõ de pecunia credita tractabatur,in qua solet contra creditorẽ in dubio respõderi propter odiũ creditoris, maximè si fœnerator fuit *l.1.C.si aduers.cred.*(de cuius tamé sententia dicemus alíquádo,si Deus volet) sed de pretio retroéditionis soluto, in quo parciùs & difficiliùs succurrendũ est minori,quia pecuniá minori credere non est necesse, at pretiũ emptionis soluere postquam emeris,necesse est, inquit eleganter Paul.in *l.quòd si minor* 24.§.*restitutio.* D.*de minor.*

minor. Quòd ſi in pura primæ venditionis id obtinet, quàtò fortiùs obtinere debet ſi non de venditionis, ſed de retrouenditionis pretio diſputetur? Etſi enim pretium emptionis ſoluere vbi emeris neceſſe eſt, tamen nec emptori emere, nec minori neceſſe eſt vendere, *l. nec emere 16. C. de int. delib.* Potéſtque imputari ei qui à minore comparauit, cur à minore comparauerit & cum eo contraxerit. At facta retrouenditione non ſolùm imputari non poteſt venditori eidémque redimenti cur pretium ſoluerit, quod neceſſariò ſoluendum habuit vt redimendi iure ſibi iam quæſito vti poſſet, ſed neque minori ſuccenſendum eſt quòd vendiderit eam rem quam retrouendere omnimodo debuit, ſiue retrouendendi neceſſitatem legis poteſtas induxerit, ſiue æquitas conuentionis quæ de ea re non cum ipſo minore, ſed cum eius patre interpoſita fuerit: quàm quæ retrouendere emptoris heres quilibet etiam maior omnimodo debuiſſet. Vtitur enim minor iure communi, quotieſcid facit etiam volens, quod & maior & inuitus facere cogeretur: eóque caſu tritum eſt denegandam ei in integrum reſtitutionem ſi tanquam minor reſtitui velit *l. vlt. C. de in integr. reſt. minor. l. verum* 11. *§. ſciendum, & ſeq. l. inter eos* 31. *§. cùm inter. D. de fideiuſſ.* quia vt eſt in iuris regula, non capitur, qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui* 116. *§.* 1. *De regul. iur.* Atque in hác rem textus omnium accommodatiſſimus eſt in *l. in pupillo* 47. *D. de ſolut.* vbi Marcianus poſtquàm ſcripſit, in pupillo cui ſine tutoris autoritate ſolutum eſt, ſi quæratur quo tempore ſit locupletior, tempus quo agitur inſpici oportere, ſubnicit ex Scæuola, planè interdum quaſi locupletiorem factum intelligi pupillum, etiamſi res perierit ante litem conteſtatam, id eſt, inquit, ſi ne neceſſariam ſibi rem emit, quam neceſſariò de ſuo erat empturus: nam hoc ipſo, ait, quo non eſt pauperior factus, locupletior eſt. Quo exemplo idem quoque in filiofamilias probandum eſſe vult vt Macedonianum ceſſet ſi in neceſſarias cauſas filius mutuam pecuniam acceperit, quàm poſteà perdiderit. Similiter igitur dicendum eſt, in propoſito locupletiorem intelligi factum pupillum qui rem eam retrouendidit, quam pater ſi viueret retrouendere omnimodo deberet, hoc ipſo quo pauperior factus non eſt, cùm neceſſariò venditerit, quia liberauit ſe ab obligatione illa retrouendendi, à qua ſi non eſſet liberatus, condemnari nunc deberet vt de ſuo præſtaret quanti ex ea cauſa venditoris intereſſet. Vt taceam quod iam ſæpiùs repetij locupletiorem pupillum factum eſſe in eo quoque quod venditionis pretium integrum ei reſtitutum eſt, ſine vlla imputatione fructuum quam alioqui nunc, & re adhuc integra pati cogeretur. Itaque cùm cauſa retrouendendi prorſus neceſſaria fuerit, vt probauimus, nec negari poſſit quin is qui retrouendidit ſiue impubes ſiue pubes, ſiue maior fuerit, hoc ipſo locupletior factus ſit inſpecto tempore retrouenditionis, conſequens eſt vt quamuis ex poſtfacto pecuniam perdiderit, nihil tamen debeat euentus ille nocere venditori qui in redimendo & ſuo & communi iure vſus eſt, eique cum quo contraxit, lucri tantùm non etiam damni occaſionem præbuit. Plus dico, etiamſi is qui rem ſuam vendiderat patri pupilli ſub pacto de retrouendendo poſtmodum pecuniam illam pupillo obtuliſſet, ſoluiſſetque, non modò tanquam procuratori (qui caſus nullam ſanè dubitationem admittere ex ſuperioribus poteſt) ſed etiam tanquam perdituro, non eò minùs tamen ſecurum ipſum fore: quia non debuit pretium pupillo iure obligationis à qua liberationem conſequi debeat, ſed tantùm, quod ſummopere notandũ eſt,

Digitized by Google

si pragmatici percipere poterunt, iure implendæ conditionis: quia solutio illa pretij hoc casu nonnisi in conditione posita est. Tota enim obligatio versatur ex parte emptoris, qui retrouenditionem promisit sub ea conditione si pretium sibi restituetur: vt plerisque huius Decadis locis à nobis tractatum probatúmque est. Quæ conditio pro impleta habetur, non solùm si pretium re vera numeratum sit, & in rem emptoris, aut eius qui emptori successerit vtiliter impensum, sed & si oblatum duntaxat fuerit, & per emptorem steterit, quominùs acciperet, *ex l. iure ciuili* 24. *D. de condic. & demonstr. l. Labeo scribit* 50. *D. de contr. empt. l. in illa stipulatione* 50. *in executione* 85. §. *vlt. De verb. oblig. & aliis sexcentis vulgaribus.* Itaque finge oblatum fuisse emptori pretium sed ab emptore recusatum. Perinde tenebitur emptor ad retrouendendum, quasi impleta iam conditione. Finge cùm heres nullusdum appareret obsignatum fuisse pretium, vt in *l. vlt. D. de leg. commiss.* postea verò casu aliquo, aut vi maiore deperditum. Salua nihilominùs erit actio venditori. An quòd obsignatio hoc casu solutionis loco sit, vt quidam putant? Minimè. Neque enim potuit solui, si non erat cui solueretur: nec potest fictio locum habere in eo casu quo nec ipsa rei veritas locum habere posset: sed quoniam ad implendam conditionem sufficit non stare per venditorem quominùs eam impleat: quomodo vtique non stat per eum, qui nemine existente cui offerre possit, obsignat, qui si haberet cui offerret, obsignare non cogeretur. Nec quòd emptor aut emptoris heres pupillus sit, ad rem facit: quia conditiones omnes facti sunt non iuris, eorum autem quæ facti sunt perinde capax est pupillus, adeóque seruus, alioquin iure ciuili incognitus, atque alius quilibet: vnde illud est quod in pupilli quoque & serui persona conditio impleri vtiliter potest, etiam sine domini vel tutoris autoritate *l. Stichum* 95. §. *vsufructum* vbi DD. notant *D. de solut.* Bart. ad *l. Lucius* 46. §. *in vela. D. de admin. & peric. tutor. l. qui heredi* 44. D. *de condic. & demonstr. l. Meuius* 55. *eod.* vbi Iauolenus eleganter & ad rem nostram accommodatè scribit, eum cui fundus legatus erat, si Callimacho cum quo testamenti factionem non habebat, ducenta dedisset, conditioni parere debere & ducenta Callimacho dare, vt legatum fundum consequatur, licèt nummos non faciat accipientis. *Quid enim interest*, inquit, *vtrum tali personæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere?* Cui non absimile est, quod Scæuola respondit in *l. heredibus* 77. §. *Titius* D. *ad S. C. Trebell.* filiam susceptam ex matrimonio cum furiosa contracto perinde facere vt deficiat cõditio fideicõmissi sub ea conditione relicti, si sine liberis furiosa moreretur, atque si legitimum matrimonium contraxisset. Rationem Claudius reddit, qui ad Scæuolam notas scripsit, *nam etsi matrimonium cùm furiosa non fuit, satis tamen factum est eiusmodi conditioni.* Vt intelligamus in conditionibus implendis factum duntaxat non etiam ius considerari, indéque fieri vt in furiosi & pupilli, æquè ac cuiuslibet alterius persona conditio impleri possit. Nam & si pactum de retrouendendo conceptum esset sub ea conditione *si intra triennium vẽditor pretium venditionis quod ab emptore accepisset in mare proiceret*, dubitari non oporteret, quin defuncto interea emptore qui pupillum heredem relinquisset, conditioni paruisse venditor videretur, qui pretium illud in mare proiecisset: neque pupilli persona esset impedimento, cum qua neque gestum fuisset quicquam, neque geri debuisset, tametsi impleta cõditio faceret, vt maneret ille obligatus purè ad retrouendendum, nulla etiam ac-

cepta

cepta pecunia. Cur enim aliud pretium reſtituere venditor teneretur, qui iam quod reddere debuerat, in mare proiecisset, ex ipsa venditionis lege, & emptore ipso ita volente & iubente? Eadémque ratio facit vt è contrario liceat pupillo implere conditionem sine tutoris autoritate, tum etiam cùm impleta conditione reperitur ille obligatus, qui alioquin non esset, *l. conditionibus 5. D. de condic. & demonstr. l. si pupillus 26. D. de condic. insti.* Cur nō ergo multò magis licebit ei, qui non cum pupillo sed cum pupilli patre contraxerat, vt in eius persona impleat conditionem, quanuis ea impleta futurum sit vt pupillus purè obligatus appareat ad retrouendendum, præsertim verò si vt in proposito lucrū dle senserit ex implemento conditionis? Quare nec ad rem pertinet, si quis dicat obligari emptorem vt non modò tradat pretium, sed etiam tradendo faciat accipientis, in eóque duriorem esse emptoris causam quàm venditoris qui rem tradere duntaxat tenetur, non etiam dare, *l. exempto 11. in princip. & §. 1. D. de action. empt.* Id enim tunc verè dicitur, cùm quis emit non cùm redimit, quia hoc casu rei quæ retrouenditur dominium ad venditorem primum recurrit, non tanquā ad emptorem, sed tanquā ad venditorem, neque tā ex causa soluti pretij quàm ob legem venditionis, quæ ab initio talis dicta fuit. Adeò vt neque de pretij restitutione hoc casu tractandum vllomodo esset, si non posita esset in conditione, quā omnimodo & ante omnia impleri necesse est: denique pretij solutio cùm venditio fit tota est in obligatione, emptórque tanquam emptor ad soluendum pretium obligatur: pretij restitutio cùm retrouenditio fit nō nisi in conditione est, quæ porrò non eò minùs impleta intelligitur, quòd solutæ pecuniæ dominiū non potuerit transferri in accipientem, *d. l. Manius 55. De condic. & demonstr.* Tātum abest vt semel impleta bene conditio adeóque trāslato in pupillū dominio pecuniæ solutæ, ob id solùm desinat haberi pro impleta, aut potiùs incipiat haberi pro nō impleta, quod eā pecuniā sine tutoris autoritate acceptam pupillus perdiderit maléque consumpserit: verúmque esse quod diximus, venditorem hoc casu pretium restituere nō tanquam emptorem, sed tāquā venditorem, ex eo apparet quòd neq; fieri potest etiāsi maximè velit vt emptor sit ante factā retrouenditionem: quæ porrò neque fieri neque peti potest nisi pretio priùs restituto conditionis implendæ causæ. Hæc verò quæ nos hactenus contra pupillum disputauimus, cùm omni casu procedunt, tum eo maximè quo pupillus efficacé regressum habere possit contra tutricem quæ sit soluendo, ad quam proculdubio periculū pertinet pretij qđ implendæ conditionis causa pupillo numeratū est ea sciente & iubente, cùm ad eā spectaret vt prouideret ne pretium perderetur. Sicut ex cōtrario dicimus cogendos tutores præstare periculū neglectæ cōditionis, quā pupilli nomine ad actionem aut rem aliā cōsequendam implere debuerūt, *l. pupillorū 21. C. de admi. tutor.* Et quamuis dici soleat in arbitrio & electione pupilli esse an contra tutorem agere velit, an cōtra eū potiùs cū quo cōtraxit tutore autore, *l. 2. vlt. & pass. C. si tutor, vel curat. interuē.* Tamé id tunc obtinet, cū pupillus aut minor agit aduersus eū cui pōt imputari cur cū pupillo aut minore cōtraxerit, nō etiam cùm alia ratio succurrendi pupillo vel minori nulla est, q̄. ne pupillus aut minor in dāno moreť, vt euenit quoties nō incidit pupillus aut minor in eū cū quo agit, sed is cū quo agit in pupillū aut minorē, vt in proposita specie euenerat. Æquè. n. indemnis seruatur vtroq; casu minor, nec tāta fit iniuria ei cui nihil imputari pōt si nō nisi in subsidiū cōueniatur, vt alio huius Decadis loco docuim⁹ ex Ruino *cōs. 119. col. pē. vol. 5 & Rolād. à Vall. cōs. 10. nu. 18 & seq. vers*

verùm quia opinio. vol. 2. Atqui in ea ſpecie quæ tractabatur, defendebam tutricem eſſe ſoluendo: quæ etiamſi non eſſet, priùs tamen pàrtum eundémque contutorem conueniendum eſſe dicebam, qui proculdubio ex contutricis adminiſtratione ſaltem in ſubſidium tenebatur, quãuis nihil ipſe geſſiſſet *l.* 2. *C. de diuid. tutel. l.* 2. *C. ſi tut. vel curat. non geſſ. l. cùm interdicta* 6. *C. ar. bitr. tutel.* Indéque inferebã, nihil prorſus eſſe, propter quod aduerſario meo ſuccurri deberet, tametſi mater ſoluendo non eſſet, quia nimirum contutori huic, quem locupletiſſimum fuiſſe conſtabat ipſe heres extiterat, atque ita ſibi ipſi ſoluiſſe videbatur quicquid ex cauſa tutelæ ſiue à matre, ſiue à contutore ipſo, alióve contutoris herede petere ipſe potuiſſet. Creditor enim adeundo hereditatem debitoris intelligitur ſecum penſaſſe, tum quoque cùm ſoluendo non eſt hereditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur *l. quæ dotis* 33. D. *ſolut. matr.* Soluendo enim eſt omnis hereditas quæ inuenit heredem *l.* 3. D. *ad leg. falcid. l. libertus* 36. *De bon. libert.* Dices, ſemper in damno morari minorem hunc, qui, ſi mater ſoluendo eſſet, tantò locupletiorem haberet patrui hereditatem, quæ illo caſu ex ære alieno matris non minueretur. Reſpondeo ad rem hoc non pertinere. Vt enim reſtitutio minori denegetur, præſertim qui tanquam procurator cõtraxit, aut qui tanquam pupillus agere velit aduerſus eum cui nihil imputare poſſis, ſufficit poſſe eũ ſeruari indẽnẽ tatione tutelæ aut ſuſcepti mandati, id eſt vt nullo damno afficiatur ob id quod vel in tutela fuerit, vel mãdatũ ſuſceperit *d. l. cũ mandata* 23. *D. de minor.* Quod enim poſſe à tantò minorẽ conſequitur hereditatem eius ex cuius boni indemnitatem nãciſcitur, extra damni cauſam eſt, nec niſi ad lucrum amiſſum pertinet, cuius amittẽdi nec alia cauſa eſt quàm quòd ab eo indẽnis ſeruari debuerit, cuius nunc habet hereditatẽ: quã porrò ſibi acquirere nullomodo potuit niſi cũ ſua cauſa. Nemo autẽ neſcit lõgè aliud eſſe ſi quis lucrũ amittat, aliud verò ſi dãnũ ſentiat *l. quod autem* 6. *in princip. & §.* 1. *D. quæ in fraud. credit.* Sed & me omniũ maximè illud mouebat, qđ totũ hoc retrouẽditionis pretiũ in aduerſarij mei vtilitatem verſum eſſe conſtabat, iſque penſumque iis dimittendis creditoribus quibus fuerat ille iuſtiſſimis & hereditariis de cauſis obligatus, & contra quos nullã ipſe petierat in integrũ reſtitutionẽ quàm & ſi nõ modò petiiſſet, verũ etiam impetraſſet, nõ tamen cõtra me ex cuius pecunia dimiſſi erant, ſed cõtra eos potiùs agere debuiſſet, ſi pecuniam illã fuiſſe indebitã probare vellet. Quid enim creditori pupilli ſoluit, non eo minùs pupilli negotium vtiliter geſſiſſe videri debet, quòd aduerſus eum creditorẽ potuerit pupillus impetrare reſtitutionẽ, præſertim ſi nõdum eam impetrauit. Verum enim eſt quod Paulus ſcribit *in l. exceptiones quæ perſonæ* 7. *in fin. De except.* Tùm etiam cùm minor annis viginti quinque in re ipſa circumſcriptus eſt, nullũ ei dandũ eſſe auxiliũ antequàm fuerit reſtitutus. Ideóque negari nõ poteſt, quin tantiſper ſaltem pupillus factus ſit locupletior, qui à ſuis creditoribus ex pecunia mea fuerit liberatus, & conſequenter quin doli exceptione repelli debeat ſi lucrũ captet ex damno meo, nullàque pretij reſtitutione oblata pergat viudicare fundũ etiam ſine decreto, inutiliter aliòquin, & contra orationẽ Seueri alienatum *d. l. ſi fundus* 13. §. 1. D. *de reb. eor. qui ſub tutel.* Nam & ſi minor qui à me pecuniam mutuam accepit eandem poſtmodũ alij egeno debitori crediderit, poteſt quidẽ contra me reſtitui tanquã læſus propter egeſtatem ſui debitoris, (ſine qua certè neque læſus neque reſtituendus eſſet) ſed ita tamẽ vt quas habet

bet cõtra debitorẽ ſuum actiones præſtare teneatur *d.l.patri* 27.*§.ſi pecuniã. D.de mino.* Quã verò actionẽ p̃ſtare mihi poſſet is,qui à ſuis creditoribus ex mea pecunia liberatus eſſet? Nullã prorſus,ne quidẽ in integrũ reſtitutionẽ, tametſi ante factã à me ſolutionẽ aduerſus eos reſtitui minor potuiſſet, quia ſicuti ſolutione ſublata eſt omnis obligatio,ita & omnis ſpes & materies reſtitutionis in integrũ, cùm obligationẽ aliquã ſubeſſe neceſſe ſit aduerſus quã reſtitutio peti poſſit,*arg.l.qui cõtra* 11.*D.de fideiuſſ.l.Stichũ aut Pamphilũ* 95.*§.quod vulgò de ſolut.* de cuius ſententia & lectione ſcripſimus *lib.*7.*Coniect.* Neque hic qui minoris creditori ſoluit mãdãte minore ſimilis eſt ei qui debitorẽ ſuum minorẽ circumſcriptum delegat ſuo creditor, de quo in *l. doli* 19.*§.diuerſum. D.de nouat.* Minor nullo caſu reſtitui poteſt aduerſus delegationẽ perinde ac poterat reſtitui cõtra me, quia in delegatione ipſa rurſum circumuenitur,vt eo loco Paul.ſcribit. At non circumuenitur minor à me, cũ ex pecunia mea liberatur ab alio creditore cui efficaciter erat obligatus, ita vt ab eo cõueniri poſſet,quãuis potuiſſet minor aduerſus eã obligationẽ petere in integrum reſtitutionẽ,quia ſufficit q̃ nõ fuerit petita reſtitutio ante ſolutionem,vt appareat ſolutũ fuiſſe vero creditori *d.l.exceptiones.* Eſtque hic caſus ex eorũ numero in quib⁹ minori per in integrũ reſtitutionem ſubuenire impoſſibile eſt quòd res integra eſſe deſierit, deficiãtq; materia reſtitutionis, cũ nulla ſupereſt obligatio quæ p̃ reſtitutionẽ reſcindi queat *l.verũ* 11.§.1.*l.quòd ſi minor* 24.§.*Scæuola. D.de min.* Nam neq; obligati erãt creditores quos pecunia mea dimiſeram, cũ non niſi ſuũ accepiſſent:neq; ego qui mandante minore eiúſve tutrice aut curatrice ipſis ſoluerã.Nemo.n.pro alio ſoluẽdo ſe obligat,ne tũ quidẽ cùm ſolutio nullã parere põt liberationẽ,ſed acquirit ea res ſoluenti cõdictionẽ *l.cũ quis* 38.§.1. & *§.qui hominẽ. D.de ſolu. l.Neratius* 63. *D.de cõd.indeb* Planè ſi pecuniã illã quã pupilli minoriſve creditoribus ſoluiſſem ab eo repoſcere vellem,poſſet fortaſſe quæſtio illa ſupereſſe,an pupillo cõtra me reſtitutio in integrũ dari deberet,ne condẽnaretur. Sed cũ neq; aduerſarius eſſem obligatus,neq; ille mihi facta iã retrouẽditione pro qua extorquẽda pecunia numerauerã,apparebat nullã ſubeſſe obligationẽ, quæ aut petendæ reſtitutioni,aut p̃ponendæ quæſtioni de in rem verſa pecunia locũ relinquere poſſet. Obiiciebat poſtremo loco aduerſarius mutilé fuiſſe retrouenditionẽ quã mater tutrix feciſſet inſcio & abſente cõtutore. Sed leuior erat hæc obiectio q̃ vt reſpõſionẽ mereretur. Cõſtat.n.pluribus tutorib.ſimul datis,ſiue à teſtatore,ſiue à iudice, ſingulos in ſolidũ & agere & cõueniri poſſe,omniáq; gerere quę ad tutelã ptinẽt,ſi nõ diuiſa ſit ab ipſo teſtatore,vel à iudice adminiſtratio *d.l.2.* c.*de diui.tutel.l.inter tutores* 36.vbi eſt Papin.textus perelegãs *De admin.& peric.tuto.* Deniq; aduerſariũ meũ ea ſẽper ratio repellebat,q̃ retrouenditionẽ ſi à matre facta nõ eſſet,ab ipſo nunc fieri oporteret ex neceſſitate obligationis à cõtractu paterno iuncta legis poteſtate & interpretatione p̃pter læſionẽ enormiſſimã deſcẽdentis:quóc q; ipſius negotiũ vtiliter geſtũ fuerat ob remiſſam à me fructuũ reſtituendorum imputationẽ,quã ſi res adhuc integra eſſet, etiãnũ pati aduerſarius cogeretur. Quid Senatus noſter pronuntiaturus ſit, neſcio. Sed tamen dubitare nec poſſum, nec debeo quin pro ſolita ſua grauitate & prudentia æſtimaturus ſit omnia ſuo more,ex vera rectáque certiſſimi iuris ratione:plúſque autoritatis prudentũ noſtrorum reſponſis, quàm pragmaticorum imperitię daturus.

FINIS DECADIS XXV.

Digitized by Google

De seruitute per emptorem acquisita fundo quem emerat sub pacto de retrouendendo.v. 587
De vitio litigiosi ob motam litem ex pacto de retrouendendo.vi. 590
Si pactum de retrouendendo adhibitum sit ex interuallo, siue nudũ, siue adiuncta stipulatione.vii. 592
De eo, qui promisit facere pactum de retrouendendo, nec fecit.viii. 595
De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipsam restituit vẽditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contra.ix. 599
De vsufructu ei debito qui proprietatem emptam sub pacto de retrouendendo postea retrouendidit.x. 602

DECADIS XXIIII.

De hypotheca rei vendita sub pacto de retrouendendo, ex solo pacto inducenda i. 605
De expressa obligatione rei vendita sub pacto de retrouendendo, ne in aliũ quàm venditorem alienari possit.ii. 608
De locatione per eum, qui emit sub pacto de retrouendendo.iii. 611
De fundi dotalis locatione à marito facta.iiii. 612
De facta per vassallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat.v. 617
De locatione facta per prælatum ecclesiæ, aut per heredem rogatũ de restituenda hereditate.vi. 60
De retentione rei locatæ, quæ fuit obligata conductori.vii. 623
Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tẽpus locauit, expellere conductorem iustis de causis velit.viii. 625
Si singularis successor ex iusta causa expellere velit conductorem, cui res ipsa locata fuit obligata.ix. 627
De eadem re pluribus separatim locata, vel vendita, vel obligata.x. 629

DECADIS XXV.

De prorogando per supremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi res debuit.i. 636
De sententia & lectione l.si à te 7.C.de pact.inter empt.& vendit.ii. 644
De lectione & sententia l.quoties 2.C.de prec.Imper.offer.iii. 651
De prorogando per tutorem aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis sub qua emptor promisit retrouenditionem.iiii. 657
De in integrum restitutione pupillo vel minori concedenda aduersus lapsum temporis conuentionalis.v. 664
De sententia §.illud. l.si creditor 7.D.de distr.pign.& de lectione l.Æmilius 33.D de minor.vi 672
Si pupillus restitui postulans tanquam maior ex capite ignorantiæ agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut protutorem.vii. 676
Si de rescripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tẽpus ad petendam retrouenditionẽ quod iam semel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu.viii. 683
Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatũ sit ab emptore, intra tempora petendæ retrouenditionis.ix. 693
De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori solutum est pretiũ rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat, sine decreto.x. 698

INDICIS ERRORVM FINIS.

INDEX CAPITVM, SEV ERRORVM QVINQVE POSTERIORVM DECADVM.

Prior numerus errorem, posterior verò paginam demonstrat.

DECADIS XXI.

De pacto legis commissoriæ in pignoribus. Er.i. pag.505
De lege commissoria in pignore ex interuallo adiecta.ii. 508
De lege commissoria in pignore adiecta ad dationem in solutum inemendam.iii.513
De lege commissoria concepta per clausulam, Ex nunc prout ex tunc, & contrà, in pignore iiii. 514
Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commissoriæ, in pignore factũ sit v. 517
De lege commissoria in venditionibus.vi. 519
Si lex commissoria in pignore interuenerit per transactionem.vii. 521
De iurato pacto legis commissoriæ in pignoribus.viii. 527
De duobus pariter eandem rem pignori accipientibus.ix. 524
De hyperocha, quam vulgò plusualentiam appellant.x. 535

DECADIS XXII.

De differentia addictionis in diem, & venditionis factæ sub pacto de retrouendẽdo.i. 536
De venditione facta sub eo pacto vt si intra certum diem pretium à venditore sit redditum, fundus inemptus fiat.ii. 539
De potestate obsignationis factæ ex causa pacti de retrouendendo.ii. 542
De vi, & potestate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo.iiii. 546
De nudæ obligationis, & obsignationis potestate.v. 549
Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obsignauerit.vi. 555
De irreuocabili acquisitione rei venditæ sub pacto de retrouendendo.vii. 557
Si is qui emit sub pacto de retrouendendo decesserit ante retrouenditionẽ relicto herede cum beneficio legis & inuentarij.viii. 559
De specie & sententia l.si cùm venderet 13.D.de pignor.action.ix. 562
De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium possessorem.x. 567

DECADIS XXIII.

De facta per emptorem oppignoratione rei venditæ sub pacto de retrouẽdendo.i. 571
De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione lasio immodica & enormis interuenit.ii. 576
De specie & sententia l.si in emptionem 35.D.de minor.iii. 583
De facta per donatariũ oppignoratione rei donatæ, si post oppignorationẽ donatio ex causa ingratitudinis reuocata sit.iii. 584

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google